



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais - FAJS

MARIA RAFAELA FERREIRA DA SILVA

**CRITÉRIO RENDA PER CAPITA PARA FINS DE CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (LOAS) E SUA EVOLUÇÃO
JURISPRUDENCIAL**

BRASÍLIA

2014

MARIA RAFAELA FERREIRA DA SILVA

**CRITÉRIO RENDA PER CAPITA PARA FINS DE CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (LOAS) E SUA EVOLUÇÃO
JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga.

BRASÍLIA

2014

MARIA RAFAELA FERREIRA DA SILVA

**CRITÉRIO RENDA PER CAPITA PARA FINS DE CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (LOAS) E SUA EVOLUÇÃO
JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga.

Brasília, 01 de novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. João Ferreira Braga.
Orientador

Prof. Carlos Orlando Pinto
Examinador

Prof. João Rezende Almeida
Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por todos os dias me conceder força e sabedoria, fazendo com que eu me torne uma pessoa melhor a cada amanhecer.

A minha querida mãe Francisca Ferreira da Silva por todo o apoio, carinho e incentivo a mim dedicado.

Ao meu orientador, o Prof.º João Ferreira Braga, pela disponibilidade, paciência e dedicação, os quais foram essenciais para a conclusão desta monografia.

Agradeço a todos que contribuíram diretamente e indiretamente para a minha formação e realização desse sonho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução jurisprudencial dispensado ao tema, “renda per capita familiar igual ou inferior a um quarto do salário mínimo”, assim previsto no § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, como sendo o parâmetro objetivo que define o estado de hipossuficiência do idoso ou do portador de deficiência em prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por seus familiares para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC. A análise restringiu-se nos julgados provenientes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. De forma ampla, os princípios orientam e direcionam a edição de leis, bem como a atuação da administração pública. Nesse contexto, sendo um princípio violado todo o sistema de comando que o envolve acabará surtindo efeitos negativos, assim, em vista dessa importância principiológica, o segundo capítulo versou sobre os princípios específicos da Assistência Social, corroborando na compreensão do fenômeno jurídico de prestações assistenciais. Tratou-se no terceiro capítulo sobre o instituto da Seguridade Social e dos seus respectivos desdobramentos, quais sejam: saúde, previdência e assistência. A Constituição Federal de 1988 prevê que o referido instituto compreenderá um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinando-se a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência. No quarto capítulo a análise versou sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC) instituído pela Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, norma infraconstitucional regulamentadora dos objetivos traçados no art. 203, V, da Constituição Federal de 1988, enfatizando-se as principais características inerentes ao benefício. Por fim, no quinto capítulo foram apresentados alguns precedentes jurisprudenciais provenientes do STF e STJ com o objetivo de demonstrar a construção hermenêutica dispensado para o tema “renda per capita familiar” para fins de concessão do BPC.

Palavras chave: Assistência Social. Benefício de Prestação Continuada. Critério Socioeconômico. Renda per capita familiar. Evolução Jurisprudencial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

Art. - Artigo

BPC - Benefício de Prestação Continuada

CASDF - Conselho de Assistência Social do Distrito Federal

CF - Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CMAS - Conselho Municipal de Assistência Social

CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CTPS - Carteira de Trabalho da Previdência Social

DIRBEN - Diretoria de Benefícios

FNAS - Fundo Nacional de Assistência Social

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS - Instituto Nacional de Previdência Social

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social

JRPS - Junta de Recurso da Previdência Social

LBA - Legião Brasileira de Assistência

LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social

LOPS - Lei Orgânica da Previdência Social

N. - Número

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

PRONAS/PCD - Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência

RGPS - Regime Geral da Previdência Social

RPPS - Regime Próprio de Previdência Social

SINPAS - Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUAS - Sistema Único de Assistência Social

SUS - Sistema Único de Saúde

TNU - Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

ADI - Ação Direita de Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ASSISTÊNCIA SOCIAL	12
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
2.2 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE.....	17
2.3 PRINCÍPIO DA INCAPACIDADE CONTRIBUTIVA	19
2.4 PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE DE RECURSOS.....	20
2.5 PRINCÍPIO DA DESPROPORÇÃO ENTRE NECESSIDADE E PROTEÇÃO	21
2.6 PRINCÍPIO DO CUSTEIO INDIRETO	23
2.7 PRINCÍPIO DA FACULTATIVIDADE	24
2.8 PRINCÍPIO DO INFORMALISMO PROCEDIMENTAL.....	25
2.9 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS BENEFICIÁRIOS.....	27
2.10 PRINCÍPIO DO DIREITO ÀS PRESTAÇÕES ASSISTENCIÁRIAS	27
2.11 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES SOCIAIS E SOBRE EXIGÊNCIAS DE RENTABILIDADE ECONÔMICA.....	28
2.12 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	29
2.13 PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DO CIDADÃO, À SUA AUTONOMIA E AO SEU DIREITO A BENEFÍCIOS E SERVIÇOS DE QUALIDADE, BEM COMO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.....	31
2.14 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE DIREITOS NO ACESSO AO ATENDIMENTO	31
2.15 PRINCÍPIO DA DIVULGAÇÃO AMPLA DOS BENEFÍCIOS, SERVIÇOS, PROGRAMAS E PROJETOS ASSISTENCIAIS, BEM COMO DOS RECURSOS OFERECIDOS AO PODER PÚBLICO E DOS CRITÉRIOS PARA SUA CONCESSÃO	33
3 SEGURIDADE SOCIAL	35
3.1 ASPECTO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO SOCIAL	35
3.2 BREVE HISTÓRICO CONSTITUCIONAL	39
3.3 SAÚDE.....	43
3.4 PREVIDÊNCIA SOCIAL	49
3.5 ASSISTÊNCIA SOCIAL	54
3.5.1 Histórico e nomenclatura.....	54
3.5.2 Conceito de Assistência Social	55
3.5.3 Objetivos, princípios, diretrizes da Assistência Social.....	58
3.5.4 Organização, gestão e custeio da Assistência Social.....	59
4 BENEFÍCIO.....	63
4.1 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - LEI N. 8.742/1993 - LOAS.....	63
4.1.2 Beneficiários e requisitos para concessão do BPC.....	67
4.1.2.1 <i>Do amparo social ao Idoso</i>	67

4.1.2.2 <i>Do amparo social ao Portador de Deficiência</i>	71
4.2 OUTRAS REGRAS	77

5 ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS 80

5.1 POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	83
5.1.1 Recurso Extraordinário n. 580.963. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 18/04/2013, Data da Publicação 14/11/2013.	88
5.2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	96
5.2.1 Recurso Especial n. 222.778/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, Data do Julgamento 04/11/1999, Data da Publicação 29/11/1999.....	97
5.2.2 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 418.124/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, Data do Julgamento 17/06/2002, Data da Publicação 05/08/2002.....	99
5.2.3 Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.247.746/SC. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Data do Julgamento 01/09/2011, Data da Publicação 23/09/2011	101
5.2.3.1 <i>Breves considerações a respeito dos julgados</i>	103
5.2.4 Recurso Especial n. 841.060/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Data do Julgamento 12/06/2007, Data da Publicação 25/06/2007	104
5.2.5 Recurso Especial n. 1.112.557/MG. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Turma, Data do Julgamento 28/10/2009, Data da Publicação 20/11/2009	107
5.2.6 Recurso Especial n. 1.226.027/PR. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data do Julgamento 27/06/2014, Data da Publicação 05/08/2014	113
5.2.6.1 <i>Quanto aos efeitos da decisão</i>	115

CONCLUSÃO..... 119

REFERÊNCIAS 125

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuições para o sistema de seguridade social e, tem, dentre outros objetivos, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovarem na forma da lei não possuir condições de estarem provendo a sua própria manutenção e nem de tê-la provida por seus familiares.

Para regulamentar os objetivos traçados pela norma constitucional, surge no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, que dispõe sobre a assistência social, posteriormente alterada pela Lei n. 12.435, de julho de 2011. Essa norma infraconstitucional instituiu o Benefício de Prestação Continuada - BPC, mas conhecido como benefício da Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS.

A referida lei ao tratar do BPC estabeleceu algumas regras de concessão, e dentre essas regulamentações, têm-se que, o benefício no valor de um salário mínimo mensal, será devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovarem não possuir condições de prover sua própria manutenção e nem de tê-la provida por seus familiares. Além do mais, determinou que, para fins de comprovação dessa hipossuficiência, os possíveis titulares do benefício assistencial deverão demonstrar que a renda per capita familiar não é superior a um quarto do salário mínimo vigente, nesses termos, considerar-se-á comprovada a condição de miserabilidade quando tal requisito econômico for devidamente preenchido.

Em âmbito administrativo a aplicabilidade do critério objetivo instituído pela LOAS é uma prática reiterada do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, órgão responsável pela previdência social e pela concessão e administração do BPC, ou seja, o INSS tem a função de verificar se os requisitos necessários foram devidamente preenchidos pelos possíveis destinatários do BPC e, caso o critério renda per capita familiar não seja igual ou inferior a um quarto do salário mínimo, consequentemente, será motivo para o indeferimento de plano do requerimento administrativo.

Em âmbito judicial o tema é consideravelmente polêmico e repleto de discursões, uma vez que a prática judiciária demonstrou que em alguns casos concretos não

era aceitável utilizar apenas o critério legal previsto na LOAS como sendo o único é possível para aferir a condição de hipossuficiência do idoso ou portador de deficiência, concedendo, assim, o benefício assistencial a pessoas que não encontravam-se efetivamente enquadradas no critério objetivo previsto na lei.

Pode-se dizer que o marco inicial para o surgimento de grandes discursões em âmbito judicial se deu com o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF em 27.08.1998 no STF. Nesse julgamento declarou-se a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993.

Embora declarado constitucional, o referido julgado não pôs termo à controvérsia, pelo contrário, diante do compromisso com o princípio da dignidade da pessoa humana, possibilitou-se que diante do caso concreto o julgado poderia se utilizar de outros elementos capazes de aferir a real situação socioeconômica dos possíveis titulares do BPC, sendo, portanto o critério legal considerado apenas mais um elemento possível na aferição dessa miserabilidade, presumindo-se absolutamente miserável quando de fato a renda familiar per capita fosse igual ou inferior a um quarto do salário mínimo.

Dessa forma, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, previsto, assim, no art. 131, do Código de Processo Civil, diversos processos judiciais tiveram decisões favoráveis para os titulares do BPC, mesmo quando o teto não era condizente com o estabelecido na lei, uma vez que os julgadores decidiam interpretando extensivamente o requisito previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8. 742, de dezembro de 1993, ou seja, o magistrado, diante do caso concreto, não estava impedido de fazer uso de outros fatores que eram capazes de comprovar a verdadeira situação econômica da família do requerente idoso ou portador de deficiente.

Inconformado com o posicionamento do Poder Judiciário, o INSS, por intermédio dos seus procuradores, passaram a defender em suas teses processuais afronta ao princípio da legalidade, da independência entre os poderes e da reserva do possível, tendo em vista o estudo programado de uma política pública possível de ser aplicada, declarava, portanto ofensa direta ao art. 195, § 5º, da Constituição Federal de 1988, onde está previsto que todos os benefícios e serviços da seguridade social somente poderão ser majorados ou estendidos com a correspondente fonte de custeio. De fato, esse controle de políticas públicas não deixa de ser um problema no Brasil. Algumas considerações foram realizadas a respeito

do assunto nesse trabalho acadêmico, de forma a sugerir uma possível solução para o problema.

Assim, considerando as problemáticas que envolvem o critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, o presente trabalho limitou-se na análise de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A construção hermenêutica estabelecida para o problema do BPC pôde ser observada a cada julgado devidamente analisado e, obviamente, apresentados neste trabalho acadêmico. O objetivo foi demonstrar todas as implicações, controvérsias, lacunas, incoerências e teses referente ao tema, de forma a possibilitar ao leitor uma compreensão geral e evolutiva a respeito do tratamento dispensado ao assunto nos Tribunais pouco tempo depois da vigência da Lei Orgânica de Assistência Social no ordenamento jurídico brasileiro até o surgimento de novas leis que foram capazes de estabelecer certa desigualdade na concessão de benefícios governamentais de natureza assistenciais, assim, todo o conjunto fático, teórico e jurisprudencial desenvolvido foram relevantes para demonstrar os objetivos maiores traçados tanto pela ordem constitucional quanto pela ordem assistencial.

Além das problemáticas apresentadas, também foi possível demonstrar ao longo do trabalho o quanto a assistência social se torna importante na vida das pessoas, principalmente na vida daqueles considerados mais necessitados, onde, em regra, o estado de penúria é profundamente humilhante ao ponto de muitas vezes ser essas pessoas desprovidas de uma vida digna. Conforme foi observado no estudo dos princípios específicos da assistência social para as necessidades humanas não há limites, no entanto, quando um indivíduo busca a ajuda estatal com o objetivo de receber uma prestação mínima assistencial, pode-se partir pela premissa que, na maioria dos casos, o histórico de vida pregressa dessa pessoa é marcada por dor e sofrimento.

O objetivo do trabalho não foi deixar de constatar algumas implicações ocasionadas quando é possibilitado ao julgador interpretar extensivamente o dispositivo legal tendo em vista a previsão legal do livre convencimento motivado do Juiz, de fato, alguns problemas coexistirão, como assim foram demonstrados, principalmente em âmbito orçamentário, considerando aquilo que se pode pagar através de um estudo prévio de políticas públicas.

Mas, por uma outra perspectiva, também foi possível identificar a incoerência ocasionada pelo próprio legislador quando passou a prever para outros benefícios governamentais critérios de renda per capita considerados mais favoráveis, caracterizando assim, a omissão do legislador quando deixou de acompanhar a nova realidade social também para o BPC, afrontando, dessa forma, princípios como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ASSISTÊNCIA SOCIAL

Não seria possível imaginar um sistema de prestações sociais sem uma base principiológica, que servirá de alicerce para muitas decisões tanto em âmbito administrativo como judicial, tornando-se praticamente uma obrigatoriedade para os agentes sua fiel observância e cumprimento, uma vez que, quando um princípio é violado, passa a surtir efeitos negativos em todo o sistema de comandos. Veja-se, nesse sentido, o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra:

“[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, por ofendê-lo, abatem-se a vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçadas.”¹

Nota-se que todo o sistema de comandos deverá orientar-se pelo manto principiológico, pois são eles que orientam e direcionam a edição de leis e a atuação da administração pública.

Não existe um sistema jurídico formando exclusivamente de leis. É por esse motivo que os princípios são considerados normas de grande amplitude devendo ser cumpridos sempre que possível. O ideal é o cumprimento máximo e, eventualmente, no caso de conflito entre dois ou mais princípios todos coexistirão por mais que na prática seja necessário optar por um por outro.

Para Roberto Alexy, os princípios estão diretamente relacionados ao termo “mandamentos de otimização”, que poderão ser cumpridos em diferentes graus, conforme salienta o autor:

“[...] os princípios são normas jurídicas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por que podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende só de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e regras que jogam em sentido contrário.”²

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

² GARCIA, Fernando Couto. **O princípio jurídico da modalidade administrativa**. Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições, Brasília, v.5, n. 55, dezembro de 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/indices/IndicesArtigos.htm>. Acesso em: 2 de out. 2014.

Assim, princípios são considerados normas jurídicas que deverão ser observados e cumpridos, independentemente da área de atuação, não sendo diferente, portanto, sua utilização no exercício dos direitos inerentes a assistência social. De acordo com Wladimir Novaes Martinez, os “princípios assistenciais não são desprezíveis para o seguro social. Embora sua influência seja menor, eles fazem parte do ordenamento científico da previdência social e colaboram na compreensão do fenômeno jurídico”³, assim tratar-se-á, neste primeiro momento, de alguns princípios que são inerentes à assistência social.

Ressalta-se que o propósito do trabalho não é esgotar o estudo de todos os princípios que norteiam o instituto da assistência social, mas abordá-los didaticamente, com o objetivo de estudar a conceituação e exemplificando quando possível à força normativa de sua aplicabilidade, já que os princípios possuem esse caráter mandamental de otimização, que poderão ser observados e cumpridos nos mais diversos graus de jurisdição.

De forma didática, os princípios que regem a assistência social a serem tratados neste trabalho acadêmico foram divididos em três grandes planos, como serão apresentados a seguir:

No plano Constitucional, abordar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana. No âmbito doutrinário, abordar-se-á os princípios assistenciais observados por Wladimir Novaes Martinez na obra *Princípios de Direito Previdenciário*, na seguinte ordem: princípio da necessidade; princípio da incapacidade contributiva; princípio da disponibilidade de recursos; princípio da desproporcionalidade entre necessidade e proteção; princípio do custeio indireto; princípio da facultatividade; princípio do informalismo procedimental; princípio da igualdade de situação entre os beneficiários e princípio do direito às prestações assistenciais.

No terceiro momento, tratar-se-á dos 5 (cinco) princípios normativos da legislação assistencial, dispostos no artigo 4º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, que defende: a supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; a universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; o respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de

³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 197.

necessidade; a igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais e por fim, a divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para que fique nítida a importância do uso dos princípios, bastaria que o princípio da dignidade da pessoa humana fosse analisado, pois tratar-se de fundamento da República Federativa do Brasil e, por esse motivo, a doutrina considera ser o princípio da dignidade humana um valor supremo na ordem jurídica. Tal princípio encontra-se previsto no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, que assim prevê:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”⁴ (Negritou-se)

O princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que de forma incipiente foi inserido em outro contexto histórico, sendo referência nas constituições brasileiras de 1934, 1946 e de 1967. No entanto, apenas a Constituição Federal de 1988, trata do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, avançando significadamente em busca da plena normatividade jurídica juntamente com o amplo sistema de direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988, objetivando não apenas preservar, mas também promover a dignidade da pessoa humana.⁵

Nesse contexto, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se um princípio basilar da Constituição Federal de 1988, conferindo o legislador à ideia de dignidade da pessoa humana a uma condição de norma fundamental que

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em: 31 jul. 2014.

⁵ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 123.

respalda todo o sistema constitucional brasileiro, passando a orientar todo o catálogo de direitos fundamentais, ao lado de outros importantes princípios e regras constantes no texto constitucional.⁶

Para conceituar dignidade da pessoa humana, ressaltam-se a seguir as palavras de José Afonso da Silva:

“Dignidade da pessoa humana é um supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. [...], Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como mero enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”⁷

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana inserida no texto constitucional passa a ser fundamento do Estado antes mesmo dos objetivos da República e dos direitos fundamentais, mostrando que seu conteúdo possui grande influência na realização das tarefas estatais, de modo que estas “passam a voltar-se para o cumprimento de três objetivos: resguardar a paz interna e externa, garantir a liberdade e zelar pela igualdade social”,⁸ especialmente nesse enfoque de buscar e zelar pela igualdade social que o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado democrático de direito atuará de modo mais forte concedendo direção para o legislador infraconstitucional, bem como para o constituinte reformador.

Para Ricardo Maurício Freire Soares, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana poderá ser conceituado como valor-fonte da experiência axiológica do direito em uma perspectiva histórica e cultural:

“[...] a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos fluxos do tempo e do espaço. Daí por que, longe de ser enclausurado como um ideal metafísico, absoluto e invariável, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendido em sua dimensão histórico-cultural.”⁹

⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 135.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107.

⁸ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 123.

⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

Desse modo, a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra por diversas regras e princípios constitucionais, formalizando o arcabouço valorativo e finalístico a ser concretizado pelo Poder Público e pela sociedade, tendo por principal objetivo concretizar a “multiplicabilidade de direitos fundamentais, expressos ou implícitos, da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, da normatividade infraconstitucional derivada.”¹⁰ É possível identificar na jurisprudência diversas decisões que utilizaram o princípio da dignidade da pessoa humana como principal fundamento na concessão de direitos que foram indevidamente violados. Com base nessas primeiras premissas, observa-se nitidamente a importância desse princípio para o ordenamento jurídico.

Por sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser avocada de forma abstrata e idealizada, por isso não se busca uma condição social perfeita ou utópica, na verdade procura-se que o princípio da dignidade da pessoa humana seja realmente analisado tanto pelo legislador como pelo aplicador da lei, dando-lhe eficácia no caso concreto pelas diversas ordens constitucionais previstas.¹¹

Pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser respeitado tanto pela administração pública como pelos particulares, garantindo ao ser humano o devido respeito ao mínimo existencial, ou seja, o direito de acesso a condições mínimas de existência para que seja possível sobreviver dignamente. A principal finalidade será impedir qualquer tratamento desumano ou degradante na vida das pessoas. Depreende-se da obra de Flademir Jerônimo Belinati Martins a seguinte conclusão sobre o assunto:

“[...] concluímos que a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também lhe garantindo o direito de acesso a condições existenciais mínimas. Mas por outro lado, a dignidade implica também considerar que a pessoa humana é chamada a ser responsável não somente por seu próprio destino, mas também pelos das demais pessoas humanas, sublinhando-se, assim, o fato de que todos possuem deveres para com a sua comunidade. Em outras palavras, por mais individual que seja, toda a escolha que realizamos reflete no todo da comunidade.”¹²

¹⁰ FREIRE, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

¹¹ RAMMÊ, Adriana Santos. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada à Luz das Teorias Neoconstitucionais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 45.

¹² MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá, 2005. p. 127.

Como mencionado anteriormente, esse princípio já serviu e ainda serve como fundamento para diversas decisões em âmbito judicial, pois se trata de uma fonte ampla que tem o condão de estabelecer para o cidadão um tratamento mais humanitário. Temas polêmicos são discutidos sob a óptica desse princípio em decorrência do conteúdo protetivo nele inserido. Por fim, sua incorporação como princípio fundamental na Constituição Federal de 1988 representa um marco importante para o constitucionalismo brasileiro. A incorporação do princípio na constituição possibilitou o surgimento de novas construções de interpretações hermenêuticas favoráveis a todos os cidadãos.¹³

Nesse próximo tópico, tratar-se-á acerca dos princípios assistenciais observados na obra, *Princípios de Direito Previdenciário*, do autor Wladimir Novaes Martinez.

2.2 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

O princípio da necessidade terá uma relação direta com os objetivos da proteção social, uma vez que a incapacidade contributiva, em regra, torna-se um dado caracterizador do estado de hipossuficiência de um indivíduo. Assim, observa-se que o estado de necessidade é considerado como uma informação fundamental na vida humana e, conseqüentemente, um dado essencial observado pelo direito assistencial.¹⁴

A assistência social garante aos cidadãos meios mínimos de subsistência. A prestação se dá quando o cidadão comprova não possuir recursos para sua própria subsistência, ou seja, o estado de necessidade torna-se condição necessária para a obtenção dessa prestação essencialmente protetiva. Para alguns juristas a ausência de recursos é condição imprescindível para estabelecer uma ou outra finalidade da assistência social.¹⁵

O que pressupõe as mais variadas técnicas de proteção social é, teoricamente, o estado de necessidade da pessoa humana, sendo plenamente reconhecido tanto em âmbito previdenciário como assistencial, conforme expõe Martinez:

“Ela é marcada pela imperiosidade. Diziam os romanos com proverbial sabedoria: *necessitas facit justum, quod de jure non est licitum*. A necessidade é fulcro da razão

¹³ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 127.

¹⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 200.

¹⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 200.

previdenciária e, como tal, da razão assistenciária. Ela justifica procedimentos em toda esfera jurídica e, em particular, no social.”¹⁶

Quando um indivíduo encontra-se sem condições de prover seu próprio sustento, é bem provável que essa pessoa necessite urgentemente de proteção social, sendo esse amparo desenvolvido e prestado, em regra, por uma das técnicas de proteção da assistência social.

O princípio da proteção aos indivíduos em situação de vulnerabilidade ou risco social previsto para o instituto da seguridade social encontra-se de certa forma diretamente relacionado com o princípio da necessidade que em regra, pertence ao instituto da assistência social, uma vez que o princípio da proteção possui ampla aplicabilidade no campo da assistência social, conforme identificação expressa previsto no art. 203, incisos I, II e V, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
 III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
 IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”¹⁷
 (Grifo nosso).

Essas informações podem ser compreendidas na obra de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, que nesses termos aludiram:

“O princípio protetivo que rege em geral a Seguridade Social encontra particular aplicação no campo da Assistência Social, explicitado nos incisos I, II e V do art. 203 da Constituição Federal. Na sua dicção, ficam resguardados pela proteção assistencial as famílias e específicos grupos de indivíduos (mães, crianças e adolescentes, idosos e deficientes) em situação de vulnerabilidade social, entendida enquanto essência de acesso às condições mínimas propiciadas pela vida em comunidade, enquanto cidadania.”¹⁸

Por fim, a seguridade social e, particularmente a assistência social, tem por objetivo comum a proteção dos indivíduos contra as contingências naturais da vida, pois dependendo do grau dessa necessidade poderá o ser humano vir a sofrer situações de

¹⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 200.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 jul. 2014.

¹⁸ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 270.

sobrevivência deploráveis, conseqüentemente a atenção será maior para as técnicas de proteção desenvolvidas pela assistência social.

2.3 PRINCÍPIO DA INCAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da incapacidade contributiva mostra que, em regra, os beneficiários que fazem parte da rede protetiva da assistência social não podem realizar contribuições, conseqüentemente não são eles que de fato corroboram na manutenção do sistema, uma vez que na maioria das vezes encontram-se sem condições de proverem a própria subsistência e, para tanto, realizar contribuições seria uma realidade distante.¹⁹

Em alguns casos, a capacidade de realizar contribuições até existe, mas, na maioria das vezes, o beneficiário é considerado principiante e, em outros casos, não consegue visualizar técnica protetiva superior, como bem leciona Martinez:

“Às vezes, a capacidade existe, mas é incipiente. Em outras vezes, o beneficiário enseja reunir capacidade, mas, no momento da necessidade, não reúne condições para ser beneficiário de técnica de proteção superior. Segurado, cujo, status é incompleto é beneficiário da assistência social.”²⁰

A incapacidade contributiva é um dado importante no direito tributário e não deixa de ser também para o direito previdenciário.²¹

Nesse sentido, observa-se que o Estado deve respeitar essa incapacidade contributiva de alguns indivíduos, de maneira que o mínimo existencial de sobrevivência seja preservado, não podendo, portanto, em determinados casos, onerá-lo.

A realização de contribuições não é uma condição necessária para a concessão de benefícios concedidos pela assistência social. Os possíveis beneficiários poderão adquirir o direito da prestação independentemente da realização de contribuições para a seguridade social, conforme expõe Sergio Pinto Martins, em sua obra, quando faz referência ao Benefício de Prestação Continuada da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993:

“Trata-se de um benefício de trato continuado, que é devido mensal e sucessivamente. São beneficiários desse direito os idosos e os deficientes que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida

¹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 201.

²⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 201.

²¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 201.

por sua família. O beneficiário não precisa ter contribuído para a Seguridade Social, desde que não tenha outra fonte de renda.”²²

No mais, nota-se que a principal característica da incapacidade contributiva será o fato de o beneficiário não possuir condições de estar realizando contribuições para o regime contributivo da previdência social.

Para concluir o raciocínio, Martinez alude que mensurar a incapacidade de um indivíduo não é tarefa fácil, porém quando se trata de remuneração, deve-se observar como parâmetro, o salário mínimo, uma vez que “[...] essa ausência de meios é de ordem variada e resulta na esfera econômica. Não é definida pela lei e sua mensuração não é fácil; o referível, em termos de remuneração, é o salário mínimo. Aquém disso é hipossuficiente declarada.”²³

2.4 PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE DE RECURSOS

A disponibilidade financeira do Estado é limitada e, conseqüentemente, sua responsabilização na prestação da proteção social aos indivíduos, dependerá de recursos financeiros disponíveis, diferentemente do que ocorre na seguridade social, em que as fontes de custeio não é algo que acarreta maiores importâncias. As prestações na assistência social são caracterizadas por um plano restrito de concessões pecuniárias, reduzindo-se basicamente aos serviços, correspondentemente com a devida capacidade do órgão gestor.²⁴

Todavia, a disponibilidade de recursos, não é o único limite que pode ser encontrado no Estado, uma vez que, embora a assistência social tenha esse caráter de protetividade para os seus assistidos, o Estado deverá também observar os limites que envolvem o princípio da dignidade da pessoa humana, e não apenas consubstanciar essa proteção em prestações pecuniárias ou serviços assistenciais, devendo dar preferência também a outros meios de proteções sociais consideradas básicas, voltadas, por exemplo, para a educação, moradia, transporte, enfim, assegurando condições básicas que possam caracterizar o mínimo de vida digna para a sociedade.²⁵

²² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34. ed. São Paulo: 2014. p. 533.

²³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 201.

²⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 202.

²⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 202.

De acordo com Carlos Gustavo Moimaz Marques esse dever de assistência não recairá apenas para o Estado, de modo que a família, a sociedade e, em alguns casos, os particulares também deverão quando possível desenvolver prestações sociais para quem necessitar, seja para pessoas que fazem parte do núcleo familiar ou não:

“[...] qualquer sistema de assistencialismo público será necessariamente subsidiário, por ser imprescindível a ausência da proteção individual e social. Por consequência, as ações estatais não excluem as demais (família e sociedade), ao revés, devem ser vistas como mecanismo subsidiário de complementação e substituição, que só virá à tona se os demais subsistemas se mostrarem inábeis. Assim, a assistência deve ser prestada pela família (assistência familiar – nisto se retira o próprio dever de alimentos entre seus membros), por grupos ou pessoal de forma espontânea e circunstancial (assistência particular – nada mais é do que a caridade feita pelo particular) e por fim pelo próprio Estado (assistência pública e social).”²⁶

A assistência social, em regra, é definida em razão da necessidade daquele que solicita a protetividade fornecida pelo Estado. Quando um hipossuficiente recebe um benefício estatal à sociedade de certa forma só têm a ganhar com essa ação, uma vez que os objetivos traçados pela ordem constitucional, no maior ou menor grau, estarão, em tese, sendo observadas, principalmente, as atenções voltadas para as disposições constitucionais que priorizam o respeito à dignidade dos indivíduos.²⁷

Vale lembrar que os benefícios da assistência social, em regra, possuem caráter emergencial e temporário, ou seja, quando inexistindo os motivos que deram origem a concessão do benefício assistencial este, conseqüentemente, será cessado.

2.5 PRINCÍPIO DA DESPROPORÇÃO ENTRE NECESSIDADE E PROTEÇÃO

Em relação ao princípio da desproporção entre necessidade e proteção, cumpre dizer que, na verdade não se conhece os limites das necessidades humana, mas por outro lado a capacidade do Estado de prestar assistência sim. Os países considerados desenvolvidos possuem uma forte tendência em prestar seguro social a população com mais eficiência, para que cada vez menos existam pessoas dependentes da proteção advinda da assistência social, uma vez que, de fato, o principal objetivo da previdência social é conseguir

²⁶ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o Trabalho do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos à Seguridade Social**. São Paulo: Ltr, 2009. p.31

²⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 202.

que o maior número de pessoas realizem contribuições para o regime, diminuindo cada vez mais pessoas dependentes dos benefícios concedidos pelo assistencialismo.²⁸

Em alguns casos, a necessidade poderá ser superior à proteção oferecida pelo Estado, ocasionando certa desproporcionalidade entre a necessidade e a proteção oferecida. A realidade demonstra que, em regra, uma família carente de recursos acaba recebendo mais benefícios do que outra família menos carente.²⁹

Para Martinez a desproporção entre proteção e necessidade existe pelo fato de ser a necessidade do indivíduo maior que a proteção social fornecida:

“O valor da prestação assistenciária é estabelecido em função das necessidades e essas são individuais ou familiares, daí certa desproporcionalidade, entre os indivíduos carentes. É quase lei sociológica: quanto maior a hipossuficiência do indivíduo, maior são suas necessidades. Uma é consequência da outra. Se ele não tem aptidões ou condições para o trabalho, dificilmente obtém emprego. Sem salário, alimenta-se mal e à sua família. Está sempre doente e, portanto, incapaz para quaisquer serviços. Entrega-se facilmente a algum vício sustentável, à bebida, aos maus hábitos de higiene, quando não, em desespero de causa, à criminalidade. Pior de tudo isso acontece quando esse processo de deterioração social se inicia na adolescência ou na juventude; é um homem marcado pela sociedade e com grandes dificuldades de vencer na vida.”³⁰

O princípio da seletividade e distributividade de benefícios e serviços mencionado na obra de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen possui forte ligação com o princípio da desproporção entre necessidade e proteção, pois encontram-se limites relacionados ao princípio da universalidade de atendimento, justificando o nível de pobreza ou necessidade daquele que requer a prestação assistencial, conforme assim ilustra o primeiro limitador:

“A universalidade [...] encontra-se seu primeiro limitador na seletividade, o princípio determinante da eleição de situações prioritárias a serem atendidas pela Assistência Social, que são justamente os níveis de pobreza ou necessidade (objetivamente fixados na legislação) aliados à circunstâncias como carência alimentar, idade avançada, deficiência, falta de acesso à educação, etc.”³¹

O segundo limitador estaria no princípio da distributividade dos benefícios e serviços, ou seja, nem sempre é possível atender a todos os casos de hipossuficiência, devendo o Estado priorizar o atendimento para aquelas pessoas que realmente encontram-se

²⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 203.

²⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 203.

³⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 203.

³¹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 270.

em situações extremas de necessidade, como esclarecem Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen:

“Ademais encontra-se um segundo limitador no princípio da distributividade de benefícios e serviços, uma vez que serão atendidos não todos os casos de pessoas em dificuldades financeiras, mas somente aqueles que, por conta de insuficiência de meios, encontram-se alijados de sua própria condição de cidadão, isto é, em absoluta situação de necessidade [...]”³²

A proteção significará a junção de poder e necessidade que irá alcançar dois tipos de sujeitos, o denominado “protetor” e o denominado “protegido”. O protetor poderíamos classificar como sendo o Estado e o protegido como sendo o sujeito que encontra-se em situação de vulnerabilidade ou risco social.

2.6 PRINCÍPIO DO CUSTEIO INDIRETO

No direito previdenciário, é visível à vigência do princípio constitucional da tripartição do custeio, característica não visualizada no âmbito da assistência social. Inexiste, portanto, a contribuição direta por parte dos beneficiários ou das entidades vinculadas ao sistema, ou seja, não haverá esse caráter contributivo prestacional e mesmo assim a proteção poderá ser prestada.³³

A sociedade participa de forma indireta para a manutenção da assistência social, tal participação se dá pelo pagamento dos mais variados tributos.³⁴

Nota-se o alcance da solidariedade como técnica de financiamento para a seguridade social, nesses termos esclarece Martinez a importância dessa participação da sociedade:

“Os recursos para atendimento dos necessitados provêm de impostos, taxas, contribuições de melhorias, tributos de modo geral e preços públicos. Quer dizer, é a própria sociedade quem está contribuindo, e segundo a capacidade dos indivíduos de consumir. Conclusão lógica: quanto menos a sociedade ajuda o necessitado, mais cara essa displicência lhe fica. O Estado tem de elevar o nível de suficiência dos trabalhadores para não ter de assisti-los. Todos os empreendimentos estatais ou particulares, criando empregos e movimentando meios financeiros reduzem a existência de necessitados e redundam em benefício para a coletividade.”³⁵

³² FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 270.

³³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 203.

³⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 203.

³⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 204.

O princípio da participação da população no custeio indireto da assistência social pode ser encontrado no art. 204, inc. II, da Constituição Federal de 1988, que assim prevê:

“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...]”

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”³⁶ (Grifo nosso).

Conforme disposição constitucional, a população participará tanto na formulação das políticas públicas sociais como no controle dessas atividades em todos os seus níveis. Sendo importante destacar as palavras de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen a respeito do assunto:

“Orienta também a Assistência Social a ideia democrática de ingerência popular, por intermédio de organizações representativas, no intento de desenvolverem-se metas e políticas compatíveis com seus anseios, bem como permitir-lhes a fiscalização dos mecanismos de funcionamentos dos programas e serviços assistenciais e, também assim, a avaliação de eficácia de seus resultados”.³⁷

Mesmo que de forma utópica o objetivo esperado pelo instituto da seguridade social é que a garantia de proteção inclua a todos que, assim necessitar, uma vez que seguridade social exemplar ocorrerá quando todos, de forma igual, puderem realizar contribuições, diretamente ou indiretamente, com o objetivo de futuras obtenções de recursos para suprir necessidades tanto no âmbito da previdência social como no campo da assistência social e saúde.

2.7 PRINCÍPIO DA FACULTATIVIDADE

No âmbito do seguro social, prevalece o princípio básico da obrigatoriedade. Por outro lado, na assistência social a principal característica decorre da facultatividade de contribuições. Deve-se esclarecer que essa faculdade não se aplica ao Estado, ou seja, o Estado, em regra, é obrigado a prestar assistência para as pessoas que se encontram em estado de hipossuficiência, concedendo-lhes proteção adequada.³⁸

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 jul. 2014.

³⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 272.

³⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 204.

Essa obrigatoriedade imposta ao Estado surge a partir do momento em que a própria parte que encontra-se em estado de hipossuficiência procura algum órgão detentor de alguma ação protetiva governamental e se manifesta requerendo a concessão do benefício, conforme explica Carlos Gustavo Moimaz Marques:

“Por outro lado, o dever de obrigatoriedade se impõe ao Estado apenas quando houver requerimento do interessado. Nos termos do que preceitua a Lei n. 8.742/93, art. 4º, inciso III, deve-se respeitar “a autonomia” do necessitado em postular ou não o benefício. Consequentemente, não se poderá admitir deferimento de ofício, nem tão pouco a pedido de terceiros (a menos que este esteja na condição de representante daquele).”³⁹

No assistencialismo os próprios assistidos são submetidos a limites e a não exigibilidade de contribuições se funda nesses limites impostos para possíveis obtenções de benefícios futuros. Assim, não se exige filiação ao sistema e, sim, sua inscrição para fins de estatísticas e controle quantitativos de quantos beneficiados estão sendo abrangidos pelo sistema, sem, no entanto, apresentar aquele caráter vinculatória próprio do regime de previdência social.⁴⁰

A facultatividade protege aqueles indivíduos carentes e desprovidos de meios hábeis para uma sobrevivência digna, diferentemente daqueles que recebem proteção proveniente do regime previdenciário, sendo importante destacar o entendimento de Martinez sobre o assunto, “[...] A facultatividade leva em conta o fato de, diferentemente da clientela protegida do seguro social, os assistíveis são pessoas, que em algum momento de suas vidas, encontrou-se sem condições de sobrevivência condigna [...]”,⁴¹ esse caráter de hipossuficiência absoluta, sem necessidade de realização de contribuições poderá ser entendida como sendo a principal característica que diferencia a previdência social da assistência social.

2.8 PRINCÍPIO DO INFORMALISMO PROCEDIMENTAL

Não se exige no âmbito do direito assistencial formalismo burocráticos tendentes a tardar a prestação assistencial, uma vez que quando os possíveis beneficiários procuram a ajuda do Estado, na sua grande parte, encontram-se em situação de necessidade extrema ao ponto de não conseguir prover sua própria alimentação.

³⁹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social.** São Paulo: Ltr, 2009. p.43.

⁴⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 204.

⁴¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 204.

Portanto, deve-se considerar a natureza da garantia social prestada, pois é destinada aos mais necessitados, assim, caso exista alguma formalidade, como por exemplo, o cadastro do beneficiário no sistema, deverá o servidor externalizar tal procedimento da maneira mais simples e rápida possível.⁴²

Grande parte dos benefícios concedidos pela assistência social possuem caráter alimentar e por isso deverão ser prestados de forma imediata. A prestação permanecerá até que as condições que deram origem ao pedido cessem em favor daquele que requereu a assistência, de modo que não é, necessariamente o objetivo do Estado prestar assistência de forma permanente ou vitalícia, o caráter na verdade é imediato e temporário, salvo para aquela pessoa que continua comprovando não possuir outro meio de sobrevivência senão por aquela forma que já estar sendo prestada.

Compreende-se da lição de Martinez os seguintes esclarecimentos conclusivos a respeito da natureza prestacional da proteção concedida, conforme visto acima:

“Por sua natureza, a prestação assistencial tem de ser oferecida de imediato. Marcada acentuadamente por sua feição alimentar, diferentemente das previdenciárias, tem de acompanhar as necessidades enquanto elas existirem. Não tem sentido proteção como não cabe outorga após o fim da condição deflagradora.”⁴³

Por fim, ressalta-se mais uma vez que o assistencialismo gira em torno do caráter emergencial de suas prestações, ou seja, os assistidos abrangidos pela assistência social, em regra, encontram-se em estado de necessidade extrema, por isso, devem ser atendidos de forma imediata, fazendo cumprir um dos principais objetivos da assistência social, qual seja, conceder proteção para aqueles indivíduos considerados menos favorecidos dentro de um determinado contexto social, como bem complementa Sergio Pinto Martins “Os recursos emergenciais é concedido desde que se apresente uma situação social de risco, que esteja afetando ou agravando a sobrevivência e a segurança do beneficiário e de sua família”⁴⁴, de fato, verifica-se que na maioria das vezes é isso mesmo que ocorre, ou seja, a família encontra-se na eminência de uma escassez total de recursos.

⁴² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 205.

⁴³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 205.

⁴⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 530.

2.9 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS BENEFICIÁRIOS

Para melhor compreensão da amplitude do princípio da igualdade dos beneficiários, será necessário realizar uma importante e breve distinção entre os beneficiários da previdência social com os beneficiários da assistência social, de modo que, a contribuição é a principal característica da previdência, assim, seus beneficiários por realizarem contribuições mensais serão devidamente segurados pelo sistema, compreendendo também aos seus dependentes, por outro lado, os assistidos da prestação assistencial como regra geral, não realizam contribuições, pois não há esse caráter obrigacional, logo haverá a prestação independentemente da realização contribuições.⁴⁵

Os beneficiários da assistência social não comportam distinção entre si como ocorre no regime previdenciário. Em alguns casos o que difere é apenas o grau de miserabilidade de cada um e o caráter prestacional concedido.

O benefício de prestação continuada possui uma característica que comporta o mesmo tratamento para todos os seus possíveis titulares, qual seja o da não transferência do BPC aos dependentes em caso de morte do beneficiário, uma vez que o benefício apresenta caráter personalíssimo e não se transfere com a morte do idoso ou do portador de deficiência.

Cumprir destacar as palavras de Martinez:

“Diferentemente do seguro social, os beneficiários da assistência social estão na mesma condição, variando apenas a intensidade da necessidade. Não há progresso da situação; o status permanece o mesmo. Pouco importa qual tenha sido a contribuição para a sociedade, se a necessidade é presente.”⁴⁶

Faz-se necessário destacar que não será possível em hipótese alguma um idoso ou portador de deficiência titular do benefício de prestação continuada receber simultaneamente outro benefício do regime previdenciário.

2.10 PRINCÍPIO DO DIREITO ÀS PRESTAÇÕES ASSISTENCIÁRIAS

A consagração e a obrigação do Estado em tornar concreto o princípio do direito às prestações assistenciais, possui previsão no art. 1º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da assistência social e no art. 34, da Lei n. 10.741, de

⁴⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 205.

⁴⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 205.

outubro de 2003, que dispõe sobre o estatuto do idoso. Os dispositivos legais não determinam a natureza do direito, “se subjetivo ou potestativo”, abalizando o caráter não contributivo da assistência social a uma visível dependência de recursos.⁴⁷

Para Sergio Pinto Martins, o serviço social “é prestado aos seus beneficiários tendo por objetivo esclarecê-los de seus direitos sociais e os meios de exercê-los. Tem também por objetivo facilitar o acesso aos benefícios e aos serviços do sistema”⁴⁸, ou seja, as ações dos órgãos gestores da assistência social devem priorizar a necessária publicidade das informações atinentes à concessão de benefícios e serviços.

No próximo tópico, tratar-se-á dos princípios previstos no art. 4º, incs. I ao V, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993 (Lei Orgânica de Assistência Social-LOAS).

2.11 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES SOCIAIS E SOBRE EXIGÊNCIAS DE RENTABILIDADE ECONÔMICA

O Estado Democrático de Direito tem o objetivo de promover a justiça social desenvolvendo diversos métodos de prestações assistenciais com a finalidade de atender as necessidades daqueles que não possuem meios de promover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Aludido princípio mostra que problemas referentes a rentabilidade econômica ou ordens financeiras serão postos em segundo plano em se tratando de assistencialismo aos que necessitarem, uma vez que, a cobertura prestada para a sobrevivência daqueles que encontram-se em estado de necessidade extrema é um alcance do direito maior e fundamental previsto no art. 5º, da Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, ser prestado aos mais carentes em primeiro lugar, independentemente do custo que poderá advir posteriormente.⁴⁹

Para Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, tal princípio decorre do princípio da solidariedade social e da configuração constitucional da assistência social como um sistema não contributivo, e ainda concluem:

⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 205.

⁴⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 530.

⁴⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 268.

“Significa dizer que à Assistência Social incube fornecer, pela via de suas prestações, à todos aqueles que encontram na faixa de necessidade legalmente determinada, os meios para o desenvolvimento de sua condição de cidadão, independentemente do custo financeiro que isto possa importar ao orçamento da Seguridade Social.”⁵⁰

A prevalência do princípio, portanto, estará no sentido de prestar o assistencialismo aos hipossuficientes, independentemente da condição econômico que no qual o Estado esteja submetido, como se pode notar nas palavras de Martinez:

“O enunciado do princípio constante da lei pressupõe a capacidade do Estado e da sociedade de propiciar a assistência social aos desvalidos. Não a privilegia em relação à economia. Havendo sinais de poupança secundária ou reservas matemático-financeiras consideráveis, por exemplo, no confronto das necessidades sociais com as demais de investimento, predominam as primeiras.”⁵¹

Ainda para o autor, existirão situações em que essa ideia não poderá ser concretizada, uma vez que “[...] as forças da produção, geradora de desenvolvimento, não podem ser ameaçadas por uma política de prevalência de atendimentos aos necessitados [...]”⁵², quando o Estado estiver diante de uma situação de equilíbrio econômico sem que haja nenhum superávit.

2.12 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Para Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, o princípio da universalidade de cobertura e atendimento previsto no art. 194, parágrafo único, inc. I, da Constituição Federal de 1988, além da sua previsão diretamente relacionada ao instituto da seguridade social, também surtirá efeitos no campo da assistência social pelo simples fato do assistencialismo ser prestado a quem dela necessitar independentemente da realização de contribuição.⁵³

Nessas palavras, se manifestaram da seguinte forma os autores citados:

“A Assistência Social mostra-se universal no atendimento em face da acessibilidade independentemente de contribuições. Todavia, não são efetivamente todos que serão beneficiados, mas aqueles que se enquadram no conceito de necessidade, uma

⁵⁰ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269.

⁵¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 199.

⁵² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 199.

⁵³ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269.

exigência do texto constitucional cuja expressão objetiva é dada pela legislação pertinente.”⁵⁴

Portanto, universalizar também significa conceder outras políticas sociais para os beneficiários da assistência social, porém na medida de suas necessidades e critérios estabelecidos em lei.

Nessa mesma linha de pensamento, Dânae Bianco Dal entende que a seguridade social deve no seu âmbito de atuação priorizar o atendimento daqueles indivíduos considerados necessitados na forma da lei. O objetivo seria possibilitar que todos os necessitados tivessem a oportunidade de receber a prestação estatal, ou seja, tivessem acesso aos benefícios e serviços, assim, os diversos recursos públicos seriam utilizados da melhor forma possível atingindo maior eficácia.⁵⁵

Nesse contexto, exemplifica seu posicionamento corroborando no juízo de que o princípio da universalização encontra-se diretamente relacionado ao instituto da assistência social:

“[...] O Benefício da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) é direcionado a idosos e portadores de deficiência de baixa renda, tendo sido escolhido, como critério identificador da baixa renda, o valor de ¼ de salário mínimo de renda familiar per capita mensal. A universalidade de atendimento objetivada pela Constituição será atingida quando todas as pessoas que se enquadrem nessas condições – e somente essas pessoas – tiverem acesso ao benefício.”⁵⁶

Para Martinez, alcançar seguridade social e assistência não necessariamente encerraria um problema, uma vez que, o universo do atendimento aos necessitados é ampliativo, pelo simples fato da existência de várias políticas públicas oferecidas pelo Estado, assim, seria possível que todas as pessoas consideradas hipossuficientes na forma da lei fossem de fato atendidas.⁵⁷

No entanto, ainda faz uma diferenciação relevante quanto ao atendimento direcionado aos segurados da previdência e ao atendimento direcionado aos assistidos da assistência social traçando o esforço estatal almejado:

“[...] Não pode o assistido ser objeto de atenção previdenciária nem o segurado ser atendido pela assistência social. Representa confundir os domínios das duas

⁵⁴ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269.

⁵⁵ DAL BIANCO, Dânae. **Princípios Constitucionais da Previdência Social**. São Paulo: Ltr, 2011. p. 97.

⁵⁶ DAL BIANCO, Dânae. **Princípios Constitucionais da Previdência Social**. São Paulo: Ltr, 2011. p. 97.

⁵⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 199.

técnicas. Quem tem direito à previdência social não pode fazer jus a benefícios da assistência social. As condições não se imiscuem, e os protegidos são diferenciados. O esforço do estado deve ser no sentido de permitir ao cidadão alcançar o estágio de segurado, sem precisar depender das suas ofertas condicionadas.”⁵⁸

2.13 PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DO CIDADÃO, À SUA AUTONOMIA E AO SEU DIREITO A BENEFÍCIOS E SERVIÇOS DE QUALIDADE, BEM COMO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O princípio em referência nos remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que todos os beneficiários cobertos pela assistência social não poderão ser tratados de maneira vexatória no que se refere à comprovação do estado de necessidade que na qual possam se encontrar, ou seja, o grau de miserabilidade comprovado pelo assistido não poderá ser motivo para situações vexatórias que possam lhe causar, por exemplo, uma situação humilhante, seja perante terceiro ou não. A assistência social deverá, com seus serviços, promover a integração social dos seus beneficiários, uma vez que, dando-lhes essa oportunidade de inserção, tornará concreta a sua finalidade essencial de proteção e possibilitará o efetivo exercício da dignidade e cidadania da pessoa humana.⁵⁹

Para Martinez, os critérios condicionantes para a comprovação do estado de miserabilidade econômica do possível assistido perante os órgãos gestores da assistência social não poderão sofrer imposições atentatórias à dignidade da pessoa humana, como assim expõe:

“O princípio é altamente meritório e abriga a seguinte compreensão dos fatos: se as condições econômicas não permitirem a concessão de um benefício ou serviço, eles não devem ser outorgados; o não recomendável, é demagogicamente criá-los e impor comprovações ridículas, atentatórias à dignidade humana, isto é, dificuldades para concedê-los.”⁶⁰

2.14 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE DIREITOS NO ACESSO AO ATENDIMENTO

O princípio em questão está condicionado ao princípio da igualdade dos beneficiários estudado em tópico anterior quando se fez referência aos princípios assistenciais observados por Wladimir Novaes Martinez na obra *Princípios de Direito*

⁵⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 199.

⁵⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269.

⁶⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 205.

Previdenciário, assim, nesse tópico apenas se fará o aprofundamento do tema sob uma perspectiva constitucional.

O princípio da igualdade pode ser identificado em vários dispositivos constitucionais em seu sentido-jurídico formal, que consiste na igualdade diante da lei, conforme leciona José Afonso da Silva “As contribuições só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei” ⁶¹, ou seja, o sentido jurídico-formal consiste em oferecer a todos o mesmo tratamento independentemente de sua condição social, religiosa, dentre outros, o autor cita a título de exemplificação o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”⁶²

Por outro lado existirá também a igualdade material que consiste em oferecer tratamento desigual para aqueles considerados desiguais na medida de suas desigualdades, de tal modo, que possibilitará a materialização dos objetivos da igualdade material prevista no texto constitucional. Para José Afonso da Silva, a igualdade material “são regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores”,⁶³ logo após, com o propósito de exemplificar faz referência ao o art. 7º, incisos XXX e XXXI, que assim dispõem:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...]”⁶⁴

Portanto, mesmo que de forma programática, a Constituição Federal de 1988, objetiva fundamentalmente a redução das desigualdades sociais e regionais, repudiando qualquer forma de discriminação, logo, passa a universalizar os direitos da seguridade social garantindo direitos básicos aos cidadãos com base em princípios democráticos com igualdade

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 213.

⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em: 31 jul. 2014.

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 213.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em: 31 jul. 2014.

de condições e acesso aos serviços, por fim, verifica-se a preocupação do constituinte com a justiça social.⁶⁵

A norma mais importante de todo o ordenamento jurídico é a Constituição, e consequentemente será pressuposto de validade para outras normas, significa dizer que, para uma lei ser considerada válida ela precisa estar de acordo com a norma maior, pois, ao contrário, será declarada inconstitucional.

A Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social não poderia deixar de prever, dentre outros, não menos importantes, o princípio da igualdade como forma de solidificar os objetivos previstos no texto constitucional:

“Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: [...] IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais [...]”⁶⁶

Portanto, como visto, o princípio da igualdade tem o objetivo de promover igualdade de tratamento para todos os cidadãos, independentemente das condições sociais em que vive, no entanto, como forma de concretizar a verdadeira igualdade, aquelas pessoas consideradas desiguais serão tratadas de forma desiguais para se alcançar igualdade.

2.15 PRINCÍPIO DA DIVULGAÇÃO AMPLA DOS BENEFÍCIOS, SERVIÇOS, PROGRAMAS E PROJETOS ASSISTENCIAIS, BEM COMO DOS RECURSOS OFERECIDOS AO PODER PÚBLICO E DOS CRITÉRIOS PARA SUA CONCESSÃO

O princípio da divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos ao poder público e dos critérios para sua concessão, assegura a divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos oferecidos pela assistência social, bem como seus critérios e forma de concessão. Assim, o poder público deve fornecer as informações e o mais amplo acesso da sociedade no sistema de assistência social, pois, muitas vezes, aqueles que já se encontram em situação de

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 214.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 jul. 2014.

vulnerabilidade não estão suficientemente informados acerca das prestações que realmente poderiam fazer jus.⁶⁷

A publicidade das prestações e propostas será de responsabilidade do órgão gestor da assistência social, como afirma Martinez:

“Na verdade, a proposta é uma recomendação à administração pública, determinando política de procedimentos. É destinada ao órgão gestor da assistência social, mandando dar ampla divulgação das prestações e propostas em andamento.”⁶⁸

Com efeito, a própria denominação do princípio define seu conceito, uma vez que a divulgação dos benefícios, serviços, programas e projetos devem ser amplamente divulgados pelo Estado, bem como os recursos oferecidos e as formas para obtenção.

Contudo, o que se buscou neste segundo capítulo foi elucidar a importância dos princípios como base fundamental para todo e qualquer ordenamento jurídico.

Posteriormente será realizado um estudo a respeito do instituto da Seguridade Social que se subdivide em previdência, saúde e assistência social, sendo que a assistência social será estudada de forma mais aprofundada, pois trata-se, essencialmente, do núcleo principal que norteia os objetivos deste trabalho acadêmico.

⁶⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269.

⁶⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 200.

3 SEGURIDADE SOCIAL

3.1 ASPECTO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO SOCIAL

Para maior conhecimento sobre o tema, revela-se de suma importância discorrer sobre a evolução histórico-normativa da proteção social, dando ênfase à sua origem, transformações e conceituação, para que se possa demonstrar ao longo do trabalho o que de fato seja a proteção social na vida dos indivíduos.

Conforme Fábio Zambitte Ibrahim, a proteção social nasce do seio familiar, uma vez que o conceito e laços familiares nos tempos remotos eram muito mais forte do que nos dias atuais. As pessoas viviam em aglomerados familiares e era um dever dos mais jovens e aptos para o trabalho cuidar dos idosos e incapacitados.⁶⁹

No entanto, mesmo com esse modelo protetivo familiar, nem todas as pessoas eram detentoras de tal proteção, ou mesmo quando esta proteção existia, era predominantemente precária. Surge então, a necessidade de um auxílio externo, de caráter eminentemente voluntário de terceiros influenciados pela igreja, ou seja, por iniciativa das instituições religiosas, mesmo que tardiamente, pessoas eram convocadas para estarem realizando ações sociais em prol daqueles considerados mais necessitados.⁷⁰

Na Antiguidade e na Idade Média, a proteção social era vista como um objetivo distante do Estado. Ocorre que, nesses dois períodos, a proteção contra os riscos sociais da sociedade, não constituía uma preocupação própria ao poder político, em decorrência disso, as instituições privadas acabavam detendo a capacidade de tornar concretas as práticas de assistência familiar e de caridade, especialmente aquelas determinadas por ordens religiosas.⁷¹

Como bem observa Marcos Aurélio Serau Junior na obra *Seguridade Social como Direito Fundamental Material*, que naquele contexto histórico, os riscos sociais podiam ser considerados como fenômenos naturais, pois “[...] correspondiam unicamente a situações

⁶⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 1.

⁷⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 1.

⁷¹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 128.

que sempre propiciaram algum grau de insegurança ao homem: a fome, a doença, a idade avançada, a pobreza, dentre outros.”⁷²

Anos mais tarde, surge um novo modelo econômico, conhecido como capitalismo, que se caracterizou pela exploração do homem pelo próprio homem, caracterizando-se pela lei da oferta e da procura, esse período, foi marcado pelo lado perverso da aquisição de riquezas pela exploração do homem. Criou-se um verdadeiro mercado de trabalho humano que se caracterizava pelas péssimas condições laborais que na qual seus operários eram submetidos, isso refletia negativamente na vida pessoal e familiar desses operários, uma vez que além das péssimas condições laboraria ainda eram submetidos a condições de vida insuportáveis, desprovidos de quaisquer direitos.⁷³

Assim, mesmo com o surgimento desse novo modelo capitalista, a proteção social continuava sendo uma realidade distante, como na Antiguidade e na Idade Média, de tal modo que o surgimento do Estado Liberal fez com que os indivíduos se considerassem livres o suficiente para se autogovernarem e tratarem o governo como um mal necessário. A primazia da autonomia dos indivíduos trouxe, como consequência, a inexistência de função estatal em matéria social, uma vez que o próprio indivíduo buscava o Bem-Estar Familiar por intermédio do seu próprio mérito e dedicação.⁷⁴

Observa-se, com isso, que a ascensão do indivíduo neste período histórico não era um modelo apropriado, pois, a falta de participação do Estado ou de instituições religiosas, na proteção desse bem estar, fazia com que a sociedade se tornasse mais vulnerável às vicissitudes da vida, que consequentemente ocasionaria desigualdades sociais entre seus povos, como baixa remuneração para muita força de trabalho, péssimas condições de trabalho, ausência de jornada laboral, proibição do sindicalismo, contratação de trabalho infantil, dentre outras, culminando na formação de uma sociedade menos justa e repleta de irregularidades.⁷⁵

A necessidade de participação do Estatal a cada dia se tornava mais necessária, ou seja, o poder estatal não poderia ficar inerte a essa situação deplorável que na qual a sociedade estava sendo submetida. Somente no fim do século XIX, o estado mínimo

⁷² SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 129.

⁷³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18.

⁷⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 3.

⁷⁵ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 134.

foi substituído por um Estado que atendia as demandas sociais e que buscava propiciar igualdade para todos, tendo como primeiro paradigma normativo a inclusão da temática social nas Constituições, fortalecendo as práticas sociais para uma sociedade mais justa, conforme ilustra Ibrahim em sua obra:⁷⁶

“Daí a importância da participação estatal, por meio de instrumentos legais, propiciando uma correção ou, ao menos, minimização das desigualdades sociais. Além disso, o Estado não pode aceitar a desgraça alheia como resultado de sua falta de cuidado com o futuro – devem ser estabelecidos, obrigatoriamente, mecanismos de segurança social.”⁷⁷

Finalmente, os direitos fundamentais sociais são definidos como: direito de resposta às demandas sociais, com isso, surge o instituto da Seguridade Social, que, automaticamente, passa a delimitar seu próprio âmbito de atuação definindo quais demandas e necessidades sociais seriam de sua competência, tendo em vista a existência de um universo bem amplo de direitos sociais.⁷⁸

No Brasil, entre os séculos XIX e XX, os direitos sociais e a Seguridade Social, de forma particularizada, adquirem *status* constitucionais, porém, a norma apenas tratava a respeito de determinadas categorias de trabalhadores ou determinadas classes profissionais. A identificação desses trabalhadores se dava pela a obtenção da carteira de trabalho, ou seja, quem era detentor da carteira de trabalho, automaticamente, fazia *jus* aos direitos da Seguridade Social, portanto, tratava-se, de um modelo totalmente vinculado a determinadas classes profissionais.⁷⁹

Com o processo de intervencionismo do Estado, pouco a pouco, os direitos relacionados à Seguridade Social deixaram de ter uma visão apenas vinculada àqueles que pertenciam a uma categoria profissional, e passaram a propiciar igualdade de oportunidades para todos, em uma concepção universalista de direitos fundamentais, independentemente de categoria profissional.⁸⁰

Para Ibrahim, o intervencionismo estatal trouxe pontos positivos para a sociedade, conforme assim expõe:

⁷⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 3.

⁷⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 3.

⁷⁸ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 150.

⁷⁹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 136.

⁸⁰ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139.

“Com a adoção de conceitos mais intervencionistas, o Estado mínimo foi trocado pelo Estado de tamanho certo, ou seja, aquele que atenda a outras demandas da sociedade, além das elementares, em especial na área social, propiciando uma igualdade de oportunidades para todos, mas sem o gigantismo de um Estado comunista.”⁸¹

Em tal contexto, a Seguridade Social transformou-se em um verdadeiro direito fundamental, já que passou a atender outros seguimentos sociais, não se limitando apenas aos direitos previdenciários que eram vinculados à questões profissionais, passando a se caracterizar por um grau máximo de proteção social que assegurava igualdade de oportunidades para todos, desvinculando-se de qualquer condição profissional, portanto, por não se limitar apenas ao campo previdenciário e por se transformar em um Estado mais intervencionista, que atendia a outras demandas da sociedade, construiu-se, assim, um Estado que priorizava, de fato, o Bem-Estar Social, também conhecido como *Welfare State*.⁸²

Dessa forma, outras demandas foram abrangidas pelo *Welfare State*, como a previdência social, os serviços de saúde e de assistência social, pois, as atividades desses institutos, passaram a serem desempenhadas conjuntamente com os órgãos repensáveis pelo sistema previdenciário, como pode-se, a título de exemplificação, citar o modelo de criação do INPS - Instituto Nacional da Previdência Social, que passou a propiciar assistência médica a todos os trabalhadores que tinham suas carteiras assinadas.⁸³ Posteriormente, outros grupos de excluídos também foram alcançados pelo acesso à cobertura na área de assistência médica, tais como, os trabalhadores rurais, a partir da fundação do FUNRURAL, em 1971.⁸⁴

Cabe ressaltar que, para o surgimento desse novo modelo assistencialista, deve-se considerar a importante contribuição prestada pelos trabalhadores. Essa participação se dava, basicamente, pelas diversas manifestações realizadas naquele período. O objetivo era conquistar melhores condições de trabalho, uma vez que, essas manifestações eram reflexos de amplas insatisfações, que na qual, os trabalhadores eram submetidos, de modo que, com as constantes lutas e manifestações, finalmente, mesmo que paulatinamente, conquistaram melhores condições de trabalho, bem como maiores proteções sociais.

⁸¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 3.

⁸² SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 140.

⁸³ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 140.

⁸⁴ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 140.

Com o modelo universalista, a Seguridade Social passa a ser caracterizada como um sistema que atendia a qualquer cidadão em situação de necessidade e, conseqüentemente passou a priorizar os direitos fundamentais com o advento da Constituição Federal de 1988 que retomava os ideais democráticos e previa expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, logo, a proteção social passa a ser responsabilidade do Estado e direito de todos os cidadãos.⁸⁵

3.2 BREVE HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

Nessa mesma linha de pensamento, destaca-se a evolução histórica e os principais avanços da Seguridade Social no Brasil, sob uma perspectiva constitucional analisada por Sérgio Pinto Martins na obra *Direito da Seguridade Social*:

“Na Constituição de 1924, a única disposição pertinente à seguridade social é a do art. 179, em que se preconizava a constituição dos socorros públicos; a Constituição de 1891 foi a primeira a conter a palavra “aposentadoria” que só poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação (art. 75); a Lei Eloy Chaves (Decreto nº. 4.682, de 24-1-1923) foi a primeira norma a instituir no Brasil a previdência social, com a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários, de nível nacional; a alínea c, do inciso XIX, do art. 5º da Constituição de 1934, estabelecia competência para a União fixar regras de assistência social, enquanto o art. 10 dava também aos Estados-membros a responsabilidade para “cuidar da saúde e assistência públicas” (inciso II) e “fiscalização à aplicação das leis sociais (inciso V); na Constituição de 1937, a previdenciária social é disciplinada apenas em duas alíneas do art. 137, a alínea m menciona “a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente de trabalho” já a alínea n dispõe que “as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidente do trabalho e aos segurados sociais”; na Constituição de 1946 surge pela primeira vez a expressão “previdência social”, desaparecendo a expressão antes em voga: “seguro social”; em 1960 surge a Lei nº. 3.807 – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), padronizou o sistema assistencial e uniformizou direitos e contribuições; a Constituição de 1967 e a emenda Constitucional nº. 1, de 1969 não inovaram em matéria previdenciária”.⁸⁶

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a seguridade social recebeu um tratamento particularizado e passou a ser estudada separadamente do direito do trabalho, assim, o texto constitucional reservou o capítulo II para tratar do instituto,

⁸⁵ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 140.

⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 06 - 16.

compreendendo os arts. 194 a 204, do Título VIII, que trata da Ordem Social. Logo, a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde passaram a fazer parte do gênero Seguridade Social.

Trata-se de um instituto de direito público que será constituído pela atuação da administração pública, da sociedade, de instituições e de entidades, a partir de normas e princípios como o da universalidade, legalidade, igualdade, uniformidade, equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, dentre outros, que visam um conjunto de ações integradas, dando-lhe efetividade.

Conforme preceito constitucional, a seguridade social “compreenderá um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência,”⁸⁷ sendo à assistência social o principal alvo de estudo deste trabalho acadêmico.

O direito da Seguridade Social é entendido por Sérgio Pinto Martins como sendo:

“Um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”⁸⁸

Para Sérgio Pinto Martins, a denominação “Seguridade Social” não seria a forma mais correta de expressão do instituto, pois apresentaria uma concepção de provisão para o futuro, assim, a denominação “Segurança Social” seria a expressão mais adequada, dando ideia de presente.⁸⁹

Para Leal, citado por Marco Aurélio Serau Junior, a Seguridade Social é o direito que os indivíduos e as famílias têm à segurança econômica, assim, este direito consistirá:

“Fundamentalmente, num direito a prestações pecuniárias destinadas a garantir as necessidades de subsistência – embora, em determinados casos, as prestações pecuniárias possam ou inclusivamente devam ser substituídas por prestações em

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em: 15 mar. 2014.

⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

espécies. Além disso, as prestações pecuniárias poderão ou deverão ser contempladas com prestações em espécie.”⁹⁰

Idêntico significado de Seguridade Social como direito à segurança econômica também aparece no Plano Beveridge, conforme delineia Serau Junior:

“A expressão “segurança social” é aqui usada para designar a garantia de um rendimento, que substitua os salários, quando se interrompem estes pelo desemprego, por doença ou acidente, que assegure a aposentadoria na velhice, que socorra os que perderam o sustento em virtude da morte de outrem e que atenda a certas despesas extraordinárias, tais como as decorrentes do nascimento, da morte e do casamento. Antes de tudo, segurança social significa segurança de um rendimento mínimo; mas esse rendimento deve vir associado a providências capazes de fazer cessar, tão cedo quanto possível, a interrupção dos salários.”⁹¹

Na percepção de Fábio Zambitte Ibrahim, a Seguridade Social será conceituada como sendo:

“A rede protetiva formada pelo Estado e particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.”⁹²

Segundo Celso Barroso Leite, citado por Marcelo Leonardo Tavares, a Seguridade Social será definida por:

“Um conjunto de medidas destinadas a atender às necessidades básicas do ser humano. Portanto, o direito da seguridade destina-se a garantir, precipuamente, o mínimo de condição social necessária a uma vida digna, atendendo ao fundamento da República contido no art. 1º, III, da CF/88.”⁹³

Para João Ernesto Aragonés Vianna, na obra, Curso de Direito Previdenciário, a Seguridade Social compreenderá:

“Um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social, nos termos do artigo 1º da Lei nº. 8.212/91 [...]”⁹⁴

No entendimento de Cláudia Salles Vilela Viana, na obra Previdência Social, Custeio e Benefícios, a Seguridade Social será formada por um conjunto de ações que

⁹⁰ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 150.

⁹¹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 150.

⁹² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 5.

⁹³ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1.

⁹⁴ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15.

se destinam a assegurar direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social, que irá tratar de uma proteção social constituída de:

“Princípios e ações voltadas ao indivíduo, garantindo-lhe meios de subsistência, assistência e saúde, de reponsabilidade dos Poderes Públicos e da Sociedade. Ao Estado competente a organização e administração da Seguridade Social, através de ministérios, entidades e instituições que se encarregam da árdua tarefa de mantê-la em funcionamento, cabendo-nos citar o Ministério da Saúde, o Ministério da Previdência Social e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (antigo Ministério da Assistência Social) – Lei nº. 10.683/2003, art. 25.”⁹⁵

Aparentemente, não há registros de divergências com relação ao conceito de Seguridade Social entre os doutrinadores até então estudados. A interpretação segue a mesma linha de raciocínio, de que o instituto é compreendido como sendo um conjunto de ações integradas de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, que se destina a assegurar os direitos relativos à previdência social, à saúde e à assistência social, sendo os direitos sociais enquadrados como direitos fundamentais de segunda geração, em decorrência da natureza coletiva a qual se fundamenta.

A centralização do sistema da Seguridade Social encontra-se sobre a exegese do Estado, já que este organiza o custeio e concede os benefícios e implementa os serviços. Desse modo, o Estado atenderá às necessidades habituais do ser humano, sendo classificada pela Convenção 102, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como contingências naturais da vida humana, aquelas consideradas como: idade avançada, invalidez, morte, enfermidade, acidente do trabalho, desemprego, prestações familiares, enfermidade, tratamento médico e maternidade, como afirma Sergio Pinto Martins:

“O Estado, portanto, vai atender às necessidades que o ser humano vier a ter nas adversidades, dando-lhe tranquilidade quanto ao presente e, principalmente, quanto ao futuro, mormente quando o trabalhador tenha perdido a sua remuneração, de modo a possibilitar um nível de vida aceitável. Evidencia-se que as necessidades citadas são sociais, pois desde que não atendidas irão repercutir sobre outras pessoas e, por consequência, sobre a sociedade inteira. A OIT também entende que a Seguridade Social é parte da proteção como um todo.”⁹⁶

Por ser a Seguridade Social um conjunto de ações integradas, deve-se observar que o instituto não existe apenas sob uma perspectiva de um conjunto de princípios e normas, mas também sob a criação de instituições e entidades que criam e aplicam o referido

⁹⁵ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social**: custeio e benefícios. São Paulo: LTr, 2005. p. 66.

⁹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

ramo do direito, compreendendo um sistema de direito social que tem por característica a distribuição de renda.⁹⁷

Assim, para Wladimir Novaes Martinez, existem os chamados pólos relacionados, que basicamente trará uma relação jurídica da Seguridade Social entre dois sujeitos distintos.

“A relação jurídica de seguridade social dá-se entre dois sujeitos distintos: a) o órgão gestor, representado por pessoa jurídica de direito público ou privado (fundação ou associação civil), organismo central do governo, autarquias e, por delegação, até antes descentralizados; e b) os destinatários da proteção social, isto é, contribuintes ou beneficiários, conforme cada ordenamento, segurados e dependentes, em matéria de previdência social, assistidos, no tocante à assistência social, atendidos, quanto às ações de saúde.”⁹⁸

Dessa forma, não será apenas o Poder Público que estará participando do sistema da Seguridade Social, embora seja o Estado o principal responsável pela efetiva realização da justiça social, oferecendo direitos sociais como forma de diminuir as desigualdades daqueles economicamente desiguais.

Ainda a respeito do assunto, é importante destacar a lúcida observação de Fábio Zambitte Ibrahim, “A intervenção estatal, na composição da seguridade social, é obrigatória, por meio de ação direta ou controle, a qual deve atender a toda e qualquer demanda referente ao bem-estar da pessoa humana”.⁹⁹

Por fim, pode-se concluir que os problemas relacionados à saúde, à previdência e à assistência social, irão fazer parte da rede protetiva da Seguridade Social, que é constituída mediante ações integradas de responsabilidade pública, visando atender as necessidades básicas que eventualmente surgem na vida dos seres humanos. Portanto, o financiamento da seguridade social será feita de forma solidária, ou seja, tanto a sociedade quanto o poder público ajudam no custeio da seguridade social.

3.3 SAÚDE

A Constituição Federal determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

⁹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

⁹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**: Noções de direito previdenciário. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 182.

⁹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 33. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 5.

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário [...],”¹⁰⁰ que será prestada, independentemente, de contribuições para a Seguridade Social, de modo que qualquer pessoa terá o direito de ser atendimento na rede pública de saúde.¹⁰¹

Para melhor compreensão da evolução histórico-normativa da rede protetiva de saúde no território brasileiro, torna-se importante destacar, nas palavras de Sérgio Pinto Martins, algumas dessas importantes transformações:

“Primeiramente, a Lei nº. 6.229, de 13.07.1975, instituiu o Sistema Nacional de Saúde; posteriormente, surge o Decreto nº. 94.657, de 20.07.1987, que criou os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados; a Constituição de 1988 tratou da saúde, como espécie de Seguridade Social, nos termos do artigo 196 a 200; A Lei nº. 8.080, de 19.09.1990, revoga a Lei nº. 6.229/75, passando a tratar da saúde; a Lei nº. 8.689, de 27.07.1993, extinguiu o INAMPS; As funções, competências, atividades e atribuições do INAMPS serão absorvidas pelas instâncias federais, estaduais e municipais, gestoras do Sistema Único de Saúde, de acordo com as respectivas competências, critérios e demais disposições das Leis nºs 8.080, de 19.09.1990, e 8.142, de 28.12.1990 (parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.689); Com a extinção do INAMPS, a União, por meio do Ordenamento da Seguridade Social, obriga-se a garantir ao Sistema Único de Saúde, permanentemente e sem prejuízo da participação dos recursos do Orçamento Fiscal, o aporte anual de recursos financeiros equivalentes, no mínimo, à média dos gastos da autarquia nos últimos cinco exercícios fiscais (art. 14 da Lei nº. 8.689).”¹⁰²

O Poder Público de forma direta será o responsável pelas ações e serviços de saúde, mas a saúde não é exclusividade do Estado, pois tais serviços poderão ser prestados por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, porém, no tocante a iniciativa privada, sua atuação será livre, desde que obedeça aos preceitos constitucionais que, em regra, atuará mediante políticas sociais e econômicas, que irá visar à redução do risco doença e outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁰³

A saúde não deve ser confundida como instituto integrante da previdência social, embora sejam estes dois componentes (saúde e previdência), parte da Seguridade Social. Deve-se levar em consideração que o importante será compreender que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é o órgão responsável pela previdência social brasileira, porém, não terá nenhuma responsabilidade ao que desrespeitar a questões relacionadas à área da saúde de forma geral, ou seja, não há responsabilidade do INSS sobre atendimentos

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>, acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁰¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 33. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 8.

¹⁰² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

¹⁰³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 33. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 8.

realizados em hospitais ou casas de saúde, por isso, deve ser vista separadamente da previdência social. Portanto, trata-se de segmento autônomo da Seguridade Social.¹⁰⁴

Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim, a saúde atualmente se distingue da previdência social, em decorrência da “extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, as ações nesta área são de responsabilidade direta do Ministério da Saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS”.¹⁰⁵

Será conveniente explicitar o conceito da palavra saúde, que vem do adjetivo latino *saluus*, *a*, *um*, que tem o significado de inteiro, ou de *salus*, *utis*, com o significado de estar são, ou salvação. Para a Organização Internacional do Trabalho de 1946, a definição encontra-se diretamente ligada a um estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas na ausência de doença ou enfermidades.¹⁰⁶

Dentre os ramos protetivos do Estado, a saúde é considerada o instituto que mais presta assistência, pois não há restrições de atendimento, ou seja, não há possibilidade de escolher quem tem ou não direito de receber atendimento, de modo que, qualquer pessoa poderá exigir sua efetivação quando, assim, necessitar, independentemente de comprovação de contribuição pelos seus usuários.

A Constituição Federal de 1988 no Título VIII, Capítulo II, trata a respeito da Seguridade Social que compreende a Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Os dispositivos legais referentes a saúde estão previstos entre os artigos 196 a 200 do texto constitucional, passando a estabelecer os princípios, diretrizes, recursos, atribuições, dentre outras regras, de acordo com a seguinte transcrição:

“**Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. **Art. 197.** São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. **Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do

¹⁰⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 33. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 8.

¹⁰⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 33. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 8.

¹⁰⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 513.

orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. **Art. 199.** A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. **Art. 200.** Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.¹⁰⁷

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>, acesso em: 15 mar. 2014.

O Sistema Único de Saúde (SUS) surge com a finalidade efetivar o mandamento constitucional do direito à saúde como um “direito de todos” e “dever do Estado”, regulamentado pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Nota-se que a rede protetiva da saúde realmente é muito ampla, assim, vários segmentos poderão participar do Sistema Único de Saúde, sendo importante destacar as considerações de Sérgio Pinto Martins, quando se refere à constituição do Sistema Único de Saúde:

“Conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. Estão, incluídas no SUS as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar.”¹⁰⁸

O financiamento do Sistema Único de Saúde não seria diferente da sua constituição, já que as ações e serviços de saúde integrarão uma rede regionalizada e hierarquizada que irá constituir um sistema único. Assim, passa-se a expor, nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim, como as ações e serviços do SUS serão financiados e organizados:

“O Sistema Único de Saúde é financiado com recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Tal orçamento destina ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com participação dos órgãos da Previdência Social e Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 31 da Lei nº. 8.080/90).”¹⁰⁹

O maior objetivo deste trabalho acadêmico será discorrer a respeito do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC previsto pela Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, uma vez que todas essas ações integram um sistema único de proteção, qual seja o da Seguridade Social, assim, faz-se referência a algumas promoções voltadas para o portador de necessidades especiais e para o idoso na área da saúde.

Destaca-se, a título de exemplo de proteção à saúde ao portador de necessidades especiais, as diretrizes contidas na Lei n. 12.715, de setembro de 2012, que

¹⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 518.

¹⁰⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 9.

institui o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência – PRONAS/PCD, sendo relevante destacar as suas finalidades, implementações e organizações:

“Art. 3º Fica instituído o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência - PRONAS/PCD. § 1º O Pronas/PCD tem a finalidade de captar e canalizar recursos destinados a estimular e desenvolver a prevenção e a reabilitação da pessoa com deficiência, incluindo-se promoção, prevenção, diagnóstico precoce, tratamento, reabilitação e indicação e adaptação de órteses, próteses e meios auxiliares de locomoção, em todo o ciclo de vida. § 2º O Pronas/PCD será implementado mediante incentivo fiscal a ações e serviços de reabilitação da pessoa com deficiência desenvolvidos por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que se destinam ao tratamento de deficiências físicas, motoras, auditivas, visuais, mentais, intelectuais, múltiplas e de autismo. § 3º Para efeito do Pronas/PCD, as pessoas jurídicas referidas no § 2º devem: I - ser certificadas como entidades beneficentes de assistência social que atendam ao disposto na Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009; ou II - atender aos requisitos de que trata a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; ou III - constituir-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público que atenda aos requisitos de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; ou IV - prestar atendimento direto e gratuito às pessoas com deficiência, cadastradas no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES do Ministério da Saúde. § 4º As ações e os serviços de reabilitação apoiados com as doações e os patrocínios captados por meio do Pronas/PCD compreendem: I - prestação de serviços médico-assistenciais; II - formação, treinamento e aperfeiçoamento de recursos humanos em todos os níveis; e III - realização de pesquisas clínicas, epidemiológicas e experimentais.”¹¹⁰

A atenção integral para a saúde do idoso poderá ser encontrada nos termos da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, basicamente no capítulo IV, art. 15, § 2º, assegura-se o direito à saúde, estabelecendo que:

“Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. § 1º [...] § 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.”¹¹¹

É certo que o direito à saúde não deve se limitar apenas no oferecimento de hospitais públicos e postos de saúde pelo Estado, pelo contrário, deve possuir alcance muito mais amplo, conforme previsão constitucional e leis infraconstitucionais, sem mencionar que o direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida, conforme se observa no art. 5º da Constituição da República, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade

¹¹⁰ BRASIL. Lei Nº. 12.715, de 17 de setembro de 2012. **Dispõe sobre o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 de mar. 2014.

¹¹¹ BRASIL. Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 de mar. 2014.

do direito à vida [...]”¹¹², assim, todos os seguimentos protetivos devem agir de forma direta ou indiretamente para a concretização desse direito.

No próximo tópico, tratar-se-á de forma sucinta da Previdência Social, no que compete ao seu histórico, conceito, beneficiários, custeio e competência.

3.4 PREVIDÊNCIA SOCIAL

Inicialmente, faz-se importante destacar a evolução histórico-normativa da Previdência Social nas palavras de Sérgio Pinto Martins:

“O Decreto nº. 4.682/23 foi à primeira norma a tratar de previdência social, estabelecendo um sistema de benefício para os ferroviários; A segunda norma foi a Lei nº. 3.807/60, que estabeleceu a organização da Previdência Social, instituindo benefícios, tanto que foi chamada de Lei orgânica da Previdência Social; As regras atuais sobre previdência social estão esculpidas nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal (Previdência Privada Complementar); A Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, trata dos benefícios da Previdência Social e por fim, o Decreto nº. 3.048/99 é o regulamento da Previdência Social.”¹¹³

Com relação à participação do Estado, como forma de propiciar uma proteção mais eficaz para a sociedade, passa-se a demonstrar uma das fases evolutivas da previdência social, considerada por Fábio Zambitte Ibrahim, como sendo a mais usual, uma vez que menciona não haver consenso entre os doutrinadores:

“Fase inicial (até 1918): criação dos primeiros regimes previdenciários, com proteção limitada a alguns tipos de eventos, como acidentes do trabalho e invalidez; Fase Intermediária (de 1919 a 1945): expansão da previdência pelo mundo, com a intervenção do Estado cada vez maior na área secundária; Fase Contemporânea (a partir de 1946): aumento da clientela atendida e dos benefícios. É o grau máximo do *Welfare State*, com proteção de todos contra qualquer tipo de risco social.”¹¹⁴

A expressão previdência social vem do latim *pre videre* e significa que as contingências sociais serão vistas com antecedência para que se possa compô-la, ou de *praevidentia*, que significa prever, antever.¹¹⁵

Esse instituto da Seguridade Social tem como objetivo garantir uma proteção mínima aos seus segurados, em virtude de contingências naturais que surgem na vida dos seres humanos, assim o art. 201, incisos I ao V, da Constituição Federal de 1988, aponta

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 287.

¹¹⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 45.

¹¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 287.

quais são os riscos sociais que devem ser cobertos pelo RGPS, “sem exclusão de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos do artigo 5º, § 2º, daquele diploma”¹¹⁶, como invalidez, doença, velhice, maternidade, desemprego involuntário, morte, idade avançada, salário-família e auxílio-reclusão:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”¹¹⁷

Nesse diapasão, torna-se relevante trazer à baila o entendimento do doutrinador Augusto Massayuki Tsutiya, sobre as políticas sociais da Seguridade Social brasileira, compreendida em Saúde, Previdência e Assistência Social, que se encontram acentuadas em duas diretrizes, quais sejam, “prevenção de riscos e instituição de benefício para garantir que o cidadão, atingido pelas contingências sociais, possa continuar vivendo com dignidade”¹¹⁸, lembrando que o sistema não tem por objetivo proteger os segurados contra todas as contingências possíveis, mas apenas as que possuem previsão legal.

No Brasil, existem dois regimes básicos de previdência social, que se subdivide em sistema público - Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e sistema privado - Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), sendo este último considerado “um sistema complementar e facultativo, de natureza contratual. Suas normas básicas estão previstas na Constituição Federal de 1988 (artigos 40 e 202), e nas Leis Complementares n. 108 e n. 109/2001”¹¹⁹, de tal modo, que o RGPS abrangerá a todos os trabalhadores vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o RPPS irá abranger os servidores públicos ocupantes de cargos públicos efetivos (inclusive os vitalícios) e militares que se filiarão aos seus respectivos regime próprios.

¹¹⁶ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹¹⁸ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.

¹¹⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 25.

Neste tópico do trabalho, de forma incidental, o objeto de estudo será o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), já que a previdência social é um dos institutos inseridos no Direito da Seguridade Social, e os RPPS, todavia, são basicamente estudados na esfera do Direito Administrativo, assim, não será o objeto de análise específica.

Portanto, a previdência social é organizada sob forma de regime geral (RGPS) e caracteriza-se por ter caráter contributivo e de filiação obrigatória, assim a previdência é instituto reservado para aqueles que realizam contribuições para o sistema, e que dele poderão receber uma contraprestação pecuniária em caso de necessidade, por isso sua definição como seguro *sui generis*,¹²⁰ significando que todos os trabalhadores filiados deverão ser cobertos por esse regime.

Como principais normas, o Regime Geral da Previdência Social - RGPS foi “instituído pela Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que regulamenta os planos de benefício da previdência social, sendo regulamentada pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1991, sendo regido por uma autarquia federal, denominada Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)”,¹²¹ ainda há que se falar na Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio.

Diante dessas considerações, a previdência no Regime Geral de Previdência Social poderá ser conceituada como sendo um “seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuições e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e reclusão”.¹²²

Na mesma linha de raciocínio, a finalidade da previdência social basicamente poderá ser encontrada nos arts. 3º da Lei n. 8.212, de julho de 1991, e 1º, da Lei n. 8.213, de julho de 1991, que dispõem respectivamente:

“Art. 3º A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”¹²³

¹²⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 27.

¹²¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social** 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 27.

¹²² TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 27.

¹²³ BRASIL. Lei Nº. 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio**. Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

“Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”¹²⁴

Nesse contexto, para Wladimir Novaes Martinez, citado por Sergio Pinto Martins, a previdência social poderá se conceituada como:

“A técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuições compulsórias distinta, proveniente da sociedade e de cada e de cada um dos participantes.”¹²⁵

No mesmo sentido, Sergio Pinto Martins afirma que a Previdência Social, correspondendo a um dos segmentos da Seguridade Social, será composta por:

“Um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinadas a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuições, que tem por objetivo propiciar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.”¹²⁶

No mais, imperioso se faz trazer para o trabalho o entendimento dos doutrinadores Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen a respeito da conceituação de previdência social:

“A Previdência Social, portanto, constitui-se em sistema gerido, organizado ou controlado pelo estado que objetiva dar cobertura a eventos em regra imprevistos (riscos sociais) que venham a acometer os beneficiários do regime, fornecendo-lhes prestações e serviços que garantam sua sobrevivência”.¹²⁷

Para concluir a conceituação de previdência social, também torna-se importante destacar as palavras do doutrinador João Ernesto Aragonés Vianna:

“A previdência social constitui forma de seguro social contra os riscos a que estão submetidos os trabalhadores e seus dependentes. É um esquema segurador, onde participam os trabalhadores, empregadores e o estado, visto que instituído em favor de todos esses. Relevar notar: é um esquema similar ao seguro privado, mas com a marca indelegável da solidariedade inerente aos sistemas de seguridade social, além

¹²⁴ BRASIL. Lei Nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social**. Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

¹²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 288.

¹²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 288.

¹²⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestação e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 46 - 47.

disso, enquanto estão em jogo, principalmente interesses particulares, na previdência social concentram-se interesses de toda a nação.”¹²⁸

Conforme visto, pode-se perceber que a previdência social corresponde a um seguro social que não possui natureza contratual, por mais que a palavra “seguro” expresse uma relação contratual como na previdência complementar. Para melhor compreensão destacam-se as palavras de Fábio Zambitte Ibrahim, quando diz que “a natureza jurídica não é contratual, pois é excluída por completo a vontade do segurado, sendo este filiado compulsoriamente. Não havendo qualquer pacto de vontade no seguro social, salvo pela figura do segurado facultativo”, assim, corresponderá a uma natureza institucional ou estatutária.¹²⁹

Os princípios e objetivos da previdência social previstos no art. 3º, da Lei n. 8.212, de julho de 1991, serão basicamente os mesmo da Seguridade Social:

“Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos: I - universalidade de participação nos planos previdenciários; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente; V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional; VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.”¹³⁰

Segundo Cláudia Salles Vilela Vianna, pode-se concluir que a previdência social não abrangerá a sociedade como um todo, mas apenas parte dela “devido ao caráter contributivo, deixando à margem de seus benefícios àqueles que não exercem atividade remunerada (contribuintes obrigatórios) ou que manifestamente não expressam seu desejo associativo (contribuintes facultativos),”¹³¹ portanto, para que um segurado acometido de uma das contingências estabelecidas em lei possa usufruir de um benefício da previdência social, este obrigatoriamente deverá ter realizado contribuições ou estar realizando-as, ocorrência que difere da natureza jurídica da assistência social, que independe de contribuições para que uma pessoa possa adquirir o direito de receber um benefício assistencial.

¹²⁸ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26.

¹²⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 29.

¹³⁰ BRASIL. Lei Nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

¹³¹ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social: custeio e benefícios**. São Paulo: LTr, 2005. p. 72.

Falar-se-á nos próximos tópicos a respeito da assistência social, assunto relevantíssimo para o desenvolvimento dos assuntos que serão tratados em capítulos posteriormente.

3.5 ASSISTÊNCIA SOCIAL

3.5.1 Histórico e Nomenclatura

Entre meados de 1977, a Assistência Social era estudada em conjunto com a Previdência Social, pois, não havia legislação específica que tratasse a respeito do benefício assistencial destinado aos idosos e portadores de deficiência, não obstante isso, alguns autores ainda entendiam que a Assistência Social deveria ser estudada como sendo uma divisão do Direito do Trabalho, assim, neste primeiro momento, inexistia autonomia da Assistência Social em relação ao Direito do Trabalho.¹³²

A natureza jurídica dos benefícios da previdência social não permite que um segurado receba ao mesmo tempo um benefício do regime geral com um benefício da assistência social, ou seja, deve-se ter em mente que existirá um paralelo entre os benefícios regidos pela previdência social e os benefícios conduzidos pela assistência social. Este último possui caráter emergencial, protegendo àqueles que encontram-se em estado de miserabilidade e consequentemente, foram excluídos do sistema previdenciário, assim, neste primeiro momento, pode-se concluir que a Assistência Social é uma política da Seguridade Social paralela ao da Previdência Social.

Nesse mesmo ano surge a Lei n. 6.439, de 1º de setembro de 1977, instituindo o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, que determinava no artigo 9º que à Legião Brasileira de Assistência (LBA) seria o instituto responsável pela prestação de programas assistenciais e atendimentos às pessoas carentes. Conforme descrito:

“Art 9º - A LBA compete prestar assistência social à população carente, mediante programas de desenvolvimento social e de atendimento às pessoas, independentemente da vinculação destas a outra entidade do SINPAS. Parágrafo único - Os serviços de assistência complementar não prestados diretamente pelo INPS e pelo INAMPS aos seus beneficiários poderão ser executados pela LBA conforme se dispuser em regulamento.”¹³³

¹³² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 489.

¹³³ BRASIL. Lei Nº. 6.439, de setembro de 1977. **Institui o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social**. Brasília, 2014. < <http://www3.dataprev.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988 (artigos 203 e 204), o instituto recebe discriminação própria e passa a ser estudado como gênero da Seguridade Social, tirando aquele entendimento de que a Assistência Social era uma divisão do Direito do Trabalho.

A Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, dispõe sobre a regulamentação da Assistência Social e o Decreto nº. 6.214, de 26 de novembro de 2007, passam a regulamentar o Benefício de Prestação Continuada (BPC).

3.5.2 Conceito de Assistência Social

O bem-estar social encontra-se diretamente ligado nas ações que o Estado e os particulares propõem a população, assim, à assistência prestada em vários seguimentos nos proporciona o mínimo de efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, tendo como público alvo aquelas pessoas consideradas hipossuficientes. Para Sérgio Pinto Martins, a Assistência Social poderá ser conceituada como sendo:

“A Assistência Social é, portanto, um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.”¹³⁴

Segundo Wladimir Novaes Martinez, a Assistência Social compreenderá:

“Um conjunto de atividades particulares e estatais vocacionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em prestações mínimas em dinheiro, serviços em saúde, fornecimento de alimentos e outras atenções conforme a capacidade do gestor.”¹³⁵

A própria Lei Orgânica de Assistência Social n. 8.742, de dezembro de 1993, conceitua a Assistência Social em seu art. 1º, que assim dispõe:

“Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”¹³⁶

¹³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 490.

¹³⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**: Noções de Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo. Ltr, 2005. p. 224.

¹³⁶ BRASIL. Lei Nº. 8.742, de setembro de 1993. **Dispõe Sobre a Organização da Assistência Social**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de abr. 2014.

Então, a assistência social será basicamente a distribuição de recursos, por intermédio de ações integradas que serão prestadas, tanto pelo Poder Público, como pela sociedade, garantindo para aquelas pessoas que se encontra em estado de penúria, um padrão de vida digna, atendendo suas necessidades vitais. Para tanto, convém citar o art. 203, incs. I ao V, da Constituição Federal, que versa a respeito do assunto assistência social, com a finalidade de reforçar o entendimento de que a própria norma maior comprova ser a assistência social uma política que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuições à previdência social:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”¹³⁷

Pode-se perceber que a assistência social preenche as lacunas deixadas pela previdência social, em decorrência da sua natureza contributiva, acaba excluindo pessoas que se encontram em estado de miséria extrema, que possivelmente não teriam condições alguma de estar realizando tais contribuições.

Para Marcelo Leonardo Tavares, a principal característica da assistência social encontra-se na prestação gratuitamente aos necessitados, neste contexto, a assistência social será:

“Um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado através de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas.”¹³⁸

Essa rede protetiva se apresenta como essencial para a implementação dos desígnios do Estado social, sendo necessário a realização de políticas setoriais de enfrentamento da pobreza com a prestação do mínimo de dignidade, esses são os verdadeiros objetivos traçados pela ordem social, o bem estar deve ser visto como prioridade, assim, como

¹³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹³⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 17.

a justiça social com redistribuição de renda que garantirá aos mais necessitados os recursos essenciais para uma existência digna.

Para Simone Barbisan Fortes e Leandro Pausen, a assistência social constituirá:

“Em umas das vias do sistema de proteção social, destinada a abarcar os sujeitos não cobertos pela Previdência Social (cujo caráter, como já se acentuou, é eminentemente contributivo), justamente por sua ausência de inserção no mercado formal de trabalho e de renda mínima, de modo a oferta-lhes condições de sobrevivência em enfrentamento à miséria, num primeiro momento e, para, além disto, também propiciar condições mínimas de sobrevivência com dignidade.”¹³⁹

Em síntese, pode-se dizer que um dos propósitos deste trabalho será demonstrar, que a assistência social deve deixar de ser vista como apenas deveres de caridade do Estado e passasse a ser tratada como efetivos direitos do cidadão e pressupostos do exercício da cidadania, assim, torna-se relevante destacar o entendimento da Professora Potyara Amazoneida Potyara Pereira citada por Wagner de Oliveira Pierotti, a assistência social será entendida como:

“[...] um tipo particular de política social que, embora orientada para os pobres, não se restringe ao atendimento das necessidades biológicas desses seguimentos, transferindo-lhes, tão somente, recursos materiais em dinheiro ou espécie [...] A assistência social, passou a ser um direito de cidadania social, uma política pública e um componente da Seguridade Social.”¹⁴⁰

Pode-se dizer que a assistência social refere-se a uma política pública destinada a combater a vulnerabilidade de certos segmentos, desfazendo-se das exclusões, com o propósito de assegurar o direito de uma vida com o mínimo de dignidade, sendo considerada uma política de longo alcance, característica da sua própria natureza.¹⁴¹

Marcelo Leonardo Tavares ressalta que a assistência social tem como atividade principal “prestações destinadas aos indivíduos sem condições de prover o próprio sustento de forma permanente ou provisório, independentemente da exigência de contribuição para o sistema de seguridade social.”¹⁴²

¹³⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestação e Custeio da Previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 264.

¹⁴⁰ PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O Benefício Assistencial a Idoso e Portadores de Deficiência**. São Paulo: Leud, 2011. p. 20.

¹⁴¹ PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O Benefício Assistencial a Idosos e Portadores de Deficiência**. São Paulo: Leud, 2011. p. 20.

¹⁴² TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 17.

3.5.3 Objetivos, princípios, diretrizes da Assistência Social

Conforme já mencionado, o art. 203, incs. I ao V, da Constituição Federal elenca-se quais são os objetivos da assistência social, no entanto, a Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, especificamente, no art. 2º, também irá regulamentar tais objetivos presentes no texto constitucional:

“Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Parágrafo único. A assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.”¹⁴³

Cumpre mencionar que os objetivos enumerados no art. 203, da Constituição Federal de 1988, deixam de constituir um rol taxativo, sendo admitidos outros que não estão arrolados expressamente no texto constitucional, neste sentido, Sérgio Pinto Martins esclarece que “são objetivos porque não informam, inspiram ou orientam o legislador, mas apenas são situações que a Assistência Social pretende cobrir”.¹⁴⁴

Exemplificando, na sequência, faz-se referência ao enunciado da Súmula n. 730, do Supremo Tribunal Federal (STF) e ao art. 7º, inc. XXV e ao art. 208, inc. IV, da Constituição Federal de 1988, nesses termos:

“**Súmula do Supremo Tribunal Federal n.º 730.** A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, inciso VI, c, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.”¹⁴⁵ (Grifo nosso)

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.”¹⁴⁶

¹⁴³ BRASIL. Lei Nº. 8.742, de setembro de 1993. **Dispõe Sobre a Organização da Assistência Social**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de mar. 2014.

¹⁴⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 491.

¹⁴⁵ **Súmula do Supremo Tribunal Federal n.º 730.**

¹⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.”¹⁴⁷

Todos esses exemplos servem para fundamentar o entendimento de que não será apenas no art. 203, da Constituição Federal de 1988, que estará compreendido o sentido do termo “assistência social”, ou seja, seu sentido protetivo poderá surtir amplamente outros efeitos, que poderão ser encontrados em normas infraconstitucionais.

No tocante aos princípios, cabe esclarecer que o primeiro capítulo já tratou a respeito dos princípios que regem a assistência social e por isso não será abordados nesse momento.

No próximo item do trabalho, falar-se-á de assunto referente à organização, gestão e custeio da assistência social, que têm a finalidade de ilustrar a forma de participação do Estado com o surgimento do instituto, bem como sua organização administrativa.

3.5.4 Organização, gestão e custeio da Assistência Social

A forma de gestão das ações na esfera da assistência social se organiza sob uma perspectiva descentralizada e participativa por intermédio do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e atenderá aos seguintes objetivos, conforme a lição de Sergio Pinto Martins:

“Consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva; Integração da rede pública à privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social; Estabelecer as responsabilidades dos entes federativos na organização, regulação, manutenção e expansão das ações de assistência social; Definição dos níveis de gestão, respeitando as diversidades regionais e municipais; Implementar a gestão do trabalho e a educação permanente na assistência social; Estabelecimento de uma gestão integrada de serviços e benefícios e afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos.”¹⁴⁸

Tais objetivos especificados acima deverão ser observados, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e Municípios a partir do momento em que irão fixar suas respectivas políticas de assistência social.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁴⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 493.

¹⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 493.

As entidades e organizações de assistência social também poderão participar do sistema de gestão da assistência social, contudo, deverão observar as regras expedidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), assim, para o seu devido funcionamento, essas entidades e organizações sociais deverão realizar inscrição prévia no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social (CMAS) ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal (CASDF), conforme for o caso, pois são estes conselhos que serão responsáveis pela fiscalização dessas entidades. A inscrição da entidade torna-se fundamental, uma vez que será condição necessária para o encaminhamento do pedido de registro e de certificação de entidades beneficentes da assistência social junto ao CNAS.¹⁵⁰

De forma articulada, trabalharão as três esferas do Poder Público, sendo que sua coordenação e as normas gerais serão de responsabilidade da esfera federal e a coordenação e execução dos programas caberão as suas respectivas esferas, conforme, assim afirma Sergio Pinto Martins, a divisão de competência ocorrerá basicamente da seguinte forma:

“Compete à União: responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no artigo 203 da Constituição Federal; cofinanciar, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos da assistência social em âmbito nacional; realização de atendimentos emergenciais de assistência social em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; realizar o monitoramento e avaliação da política de assistência social, bem como realizar o assessoramento dos Estados, Distrito Federal e Municípios para seu desenvolvimento.

Compete aos Estados: Destinação de recursos financeiros aos Municípios, à título de participação no custeio do pagamento dos benefícios eventuais, observando critérios estabelecidos pelos CEAS; cofinanciar, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos da assistência social em âmbito regional e local; realização de atendimentos emergenciais de assistência social em conjunto com os Municípios; Estipular e apoiar técnicas e financeiramente as associações e consórcios municipais na prestação de serviços de assistência social; prestação de serviços assistenciais desconcentrada quando existirem ausência de demanda municipal que justifiquem uma rede regional de serviços, no âmbito do respectivo Estado e realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência, bem como o assessoramento dos Municípios para seu desenvolvimento.

Compete ao Distrito Federal: Destinação de recursos financeiros para o custeio do pagamento dos benefícios eventuais, mediante critérios estabelecidos pelo CASDF, para este, e pelo CMAS, para os Municípios; Efetuar o pagamento dos auxílios natalidade e funeral; execução dos projetos de enfrentamento de pobreza, incluindo a parceria com organizações da sociedade civil; atendimento das ações assistenciais com caráter emergencial; prestação dos serviços assistenciais; cofinanciar, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos da assistência social em âmbito local e realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social em seu âmbito.”¹⁵¹ (Grifo nosso).

¹⁵⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 494.

¹⁵¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 494 - 495.

O Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS é o órgão máximo de deliberação colegiada. Para melhor ilustração de suas competências, seguem-se algumas dessas ações, bem enfatizadas por Sergio Pinto Martins:

“Realizar a aprovação da política nacional de assistência social; normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social; acompanhar e fiscalizar o processo de certificação de entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; apreciar os relatórios anuais que conterá as relações de entidades e organizações, encaminhando-as para o conhecimento dos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Distrito Federal e Municípios; convocar a conferência a cada 4 anos, com a finalidade de avaliar a situação da assistência social e propor diretrizes para aperfeiçoamento do sistema e dentre outras competências, menciono uma última, que ao meu ver será a mais importante de todas as ações até então apresentadas, qual seja, a aprovação de critérios de transferência de recursos para os Estados, Municípios e Distrito Federal, considerando-se para tanto, indicadores que informem sua regionalização mais equitativa, tais como, renda per capita, mortalidade infantil e concentração de renda, além de disciplinar os procedimentos de repasse de recursos para entidades e organizações de assistência social, sem prejuízo das disposições da Lei e Diretrizes Orçamentárias.”¹⁵²

Dentre outros órgãos que participarão da organização da política nacional de assistência social, existirá o Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS, que foi regulamentado pelo Decreto n. 1.605, de 25 de agosto de 1995.¹⁵³

A organização dos serviços sociais serve para que tais ações assistenciais sejam realmente prestadas de forma eficiente aos seus possíveis beneficiários, que dentre outros objetivos, poderá realizar esclarecimentos de seus direitos sociais e como poderão requerê-los, bem como facilitar o acesso aos benefícios e aos serviços do sistema.¹⁵⁴

Nas palavras de Sergio Pinto Martins, a assistência social será organizada por dois tipos de proteção social, correspondendo em uma proteção social básica e uma proteção social especial, assim, passa-se a classificá-las:

“Proteção Social Básica: constitui-se por um conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social que visa a prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio de desenvolvimento de potencialidade e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários.”¹⁵⁵ (Grifo nosso).

Proteção Social Especial: Conjunto de serviços, programas e projetos que tem por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direitos, e fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de

¹⁵² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 495 - 496.

¹⁵³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 497.

¹⁵⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 497.

¹⁵⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 497.

famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos.”¹⁵⁶ (Grifo nosso).

Várias são as formas de prestações sociais desenvolvidas pelo Estado. Este trabalho tem por principal objetivo discorrer a respeito de uma delas, qual seja, o benéfico de prestação continuada. O BPC foi instituído pela Lei n. 8.742, de dezembro de 1993. Dentre outras regras, a Lei Orgânica de Assistência Social prevê que para fins de concessão do benefício assistencial deverá os possíveis titulares do benefício (idoso ou portador de deficiência) não possuir renda per capita familiar superior a um quarto do salário mínimo.

A polêmica envolve justamente o critério objetivo estabelecido pela lei, assim, posteriormente será realizado um estudo a respeito da evolução jurisprudencial alusivo ao tema.

Nesse primeiro momento, pode-se afirmar que o referido parâmetro foi motivos para o surgimento de várias discursões em âmbito administrativo, doutrinário e jurisprudencial.

Assim, antes mesmo de adentrar ao tema principal, discorrerá o próximo capítulo a respeito do Benefício de Prestação Continuada – BPC, abordando-se as principais regras de concessão estabelecidas pela Lei Orgânica de Assistência Social, que deverão ser observadas pelos possíveis beneficiários do amparo assistencial.

¹⁵⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 497.

4 BENEFÍCIO

4.1 BENEFÍCIO ASSISTÊNCIAL DA LEI N. 8.742/1993 – LOAS

Tornar-se-á relevante para este trabalho acadêmico, neste primeiro momento, discorrer a respeito da evolução histórico-normativa da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), mas conhecida pela nomenclatura, Benefício de Prestação Continuada (BPC). A finalidade é melhor compreender, tanto a forma de surgimento como a forma de tramitação da norma no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, a Lei n. 6.179, de dezembro de 1974, instituía a renda mensal vitalícia, que correspondia à metade de um salário mínimo e era conhecido pelo nome de “amparo previdenciário”, termo até hoje utilizado por alguns autores.¹⁵⁷

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) apresentava-se no ordenamento jurídico sob o comando de outras regras, totalmente diferentes das que se apresentam atualmente. Nas palavras de João Ernesto Aragonés Vianna, o “amparo previdenciário,” instituído em 1974, somente era concedido quando o beneficiário cumpria os seguintes requisitos, na qual expõe-se:

“Ao maior de 70 anos ou ao inválido que não exercessem atividade remunerada e que comprovassem não possuir meios de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, desde que: I – tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou, II – tenham exercido atividades remuneradas atualmente incluídas no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou ainda, III – tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.”¹⁵⁸

Anteriormente, o valor do BPC era igual à metade do salário-mínimo vigente no país, no entanto, com a Constituição Federal de 1988, que passou a dispor no art. 201, § 5º, que “Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo,”¹⁵⁹ este foi majorado com o advento do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), que, ao interpretar o

¹⁵⁷ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31.

¹⁵⁸ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

dispositivo, passou a entender que este seria autoaplicável,¹⁶⁰ assim, a partir desse momento, a prestação pecuniária do benefício passa a ser correspondido na importância de um salário-mínimo.¹⁶¹

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), instituído pela Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, como dito, é um dos benefícios que norteiam a assistência social, surgindo no ordenamento jurídico com a finalidade de regulamentar o inc. V, do art. 203, da Constituição Federal de 1988, que prever a “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”¹⁶², tratava-se, portanto, de norma com eficácia limitada, ou seja, tratava-se de dispositivo constitucional que dependia de regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

“Pouco antes da Lei nº. 8.742 de 1993, o Benefício de Prestação Continuada era regulamentado pela Lei nº. 8.213 de 1991, que nos termos do artigo 193, estabelecia que a renda mensal vitalícia continuaria em vigor até que o inciso V, artigo 203 da Constituição Federal fosse regulamentado, assim, pode-se concluir que o Benefício de Prestação Continuada, instituído pela Lei. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, conhecida também como Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, surge com a finalidade de regulamentar o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.”¹⁶³

Com a publicação da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, o art. 193 da Lei n. 8.213, de julho de 1991, perde totalmente sua eficácia, uma vez que, o próprio artigo 40 da nova lei passou a estabelecer que com a implementação do benefício de prestação continuada, automaticamente se extinguiria o caráter do benefício como renda mensal vitalícia.¹⁶⁴

Observa-se que o benefício obteve três denominações distintas, que foram empregadas ao longo de instruções normativas diferentes, assim, para melhor compreensão dessas denominações, será importante destacar o que diz Sérgio Pinto Martins quando ilustra as etapas das qualificações empregadas, esclarecendo que inicialmente, o benefício era chamado de “**amparo previdenciário**” (Lei n. 6.179/74) e que depois, passou a ser chamado de “**renda mensal vitalícia**”, sendo estabelecido pelo art. 139, da Lei n. 8.213, de julho de

¹⁶⁰ Recurso Extraordinário n. 159413. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 22/09/1993, Data da Publicação 26/11/1993.

¹⁶¹ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31.

¹⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁶³ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 32.

¹⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 503.

1991, e por fim, o art. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, que passou a utilizar a denominação “**Benefício de Prestação Continuada**.”¹⁶⁵

O Benefício de Prestação Continuada é uma das espécies de prestações assistenciais instituída pelo poder estatal, por intermédio da concessão de um salário mínimo, que será devido a quem dela necessitar, deste modo, aquelas pessoas que se encontrem em situação de miserabilidade extrema, terá a oportunidade de receber do Estado um benefício assistencial de caráter emergencial no valor de um salário mínimo, com o objetivo de suprir as necessidades básicas dos possíveis beneficiários, independentemente de contribuições para a Seguridade Social, conforme objetivos essencialmente definidos no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988.

Não é necessário que o beneficiário realize ou tenha realizado contribuições para a seguridade social, pois independe de contribuições, embora sua concessão e responsabilização operacional sejam de competência do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), como bem expõe Fábio Zambitte Ibrahim ao dizer que, “[...] tecnicamente, não se trata de benefício previdenciário, embora sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão da eficiência administrativa, em razão do princípio de eficiência administrativa”.¹⁶⁶

A diferença entre o benefício assistencial e o benefício previdenciário encontra-se no caráter contributivo desse último, ou seja, para se ter direito a um dos benefícios da previdência social, é necessária que o segurado realize contribuições mensais para o regime, assim, a previdência somente irá considerar segurado aqueles que efetivamente realizarem mensalmente contribuições para o regime, sendo importante destacar as palavras de Fábio Zambitte Ibrahim a respeito do assunto ao dizer que a “Previdência Social de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais,”¹⁶⁷ assuntos anteriormente elucidados neste trabalho.

Desse modo, a Lei Orgânica de Assistência Social n. 8.742, de dezembro de 1993, é a lei responsável pela regulamentação do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que garante a prestação de um salário mínimo aos hipossuficientes (idoso ou portador de

¹⁶⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 503.

¹⁶⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 16.

¹⁶⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 16.

deficiência), que comprovam não ter renda per capita familiar superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Conforme já exposto, a instituição do BPC foi em decorrência de uma determinação constitucional, basicamente prevista no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988. Os objetivos previstos na constituição vão além da concessão de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso ou portador de deficiência, ou seja, a intensão do preceito constitucional é possibilitar o mínimo de vida digna para os possíveis titulares do benefício assistencial, tornando-se relevante, mais uma vez destacar a previsão expressa do texto constitucional que prevê “à garantia de um salário mínimo para o idoso ou portador de deficiência que comprovam não terem meios de prover sua própria subsistência ou de tê-la provido pelo seu núcleo familiar.”¹⁶⁸

Nesse contexto, segue-se o entendimento de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen:

“Trata-se o benefício em questão de uma prestação pecuniária mensal, no valor de um salário mínimo, devido à pessoa idosa ou portadora de deficiência, hipossuficiente, que comprovem tal situação, cujo caráter é alimentar, ou de subsistência. Na dicção constitucional, é garantido quando comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.”¹⁶⁹

Atualmente o art. 20 da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, estabelece que o Benefício de Prestação Continuada garantirá a concessão de um salário-mínimo mensal ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e ao portador de deficiência, que comprovarem, na forma da lei, possuir renda per capita familiar igual ou inferior a um quarto do salário mínimo, ou seja, deve-se comprovar ser pessoa desprovida de recursos capazes de descaracterizar o estado de miserabilidade, posteriormente será estudando que esse critério foi relativamente flexibilizado na atuação do Poder Judiciário.

Antes mesmo de adentrar no próximo assunto, cabe mencionar que, conforme Fábio Zambitte Ibrahim, o BPC “será concedido apenas aos brasileiros, inclusive ao indígena, não amparado por nenhum sistema de previdência social ou ao estrangeiro

¹⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

¹⁶⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestação e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 46 - 47.

naturalizado e domiciliado no Brasil, não coberto por sistema de previdência do país de origem.”¹⁷⁰

Nessa mesma linha de raciocínio, tratar-se-á no próximo tópico da condição pessoal de cada requerente (idoso ou portador de deficiência) do BPC, de forma a explicar as principais peculiaridades tanto de requisitos como de concessão do amparo, tendo, como base principal, as previsões constantes no Decreto n. 6.614, de 26 de setembro de 2007, que regulamenta o Benefício de Prestação Continuada para a pessoa idosa e para o portador de deficiência.

4.1.2 **Beneficiários e requisitos para concessão do BPC**

4.1.2.1 Do Amparo Social ao Idoso

Para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), o art. 20 da Lei n. 12.435, de 6 de julho de 2011, considera ser idoso a pessoa com idade igual ou superior 65 (sessenta e cinco) anos, para a doutrina trata-se de um requisito subjetivo.

“Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.”¹⁷¹

Embora exista previsão expressa no art. 1º, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, que a pessoa idosa, será aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, o próprio estatuto tratou de sanar este ponto ambíguo, ao tratar do assunto, logo depois no art. 43, quando esclarece que para fins de concessão do BPC serão consideradas as regras previstas na Lei Orgânica de Assistência Social.

“Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”¹⁷²

“Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o

¹⁷⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 18.

¹⁷¹ BRASIL. Lei Nº. 8.742, de setembro de 1993. **Dispõe Sobre a Organização da Assistência Social e dá outras providências**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso 15 de abr. 2014.

¹⁷² BRASIL. Lei Nº. 10.741, de 1º outubro de 2003. **Dispõe Sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abril 2014.

benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.”¹⁷³

A Lei n. 8.213, de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, estabelece no art. 48 que para fins de requerimento da aposentadoria por idade, o indivíduo terá que cumprir o requisito da idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos para homens e 60 (sessenta) anos para mulher.

“Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.”¹⁷⁴

Nitidamente, observa-se que um dos objetivos da assistência social é amparar aquele idoso hipossuficiente que ficou de fora do regime geral da previdência social, uma vez que, mesmo preenchendo o requisito idade, para uma possível aposentadoria, deixou de realizar contribuições para a previdência social e por esse motivo não faz jus ao benefício previdenciário.

Para Sérgio Pinto Martins, o idoso poderá comprovar sua idade, “mediante apresentação de um dos seguintes documentos: certidão de nascimento, certidão de casamento, certidão de reservista, carteira de identidade, carteira de trabalho da previdência social emitida a mais de cinco anos ou certidão de inscrição eleitoral.”¹⁷⁵

Para o idoso, a condição idade é apenas um dos principais requisitos para concessão do benefício, além desse critério, o idoso também deverá comprovar que a renda mensal per capita é inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo e que não possuía meios de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por seu grupo familiar (requisito objetivo), bem como, demonstrará que não recebe outro benefício da seguridade social, ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

Revela-se importante discorrer sobre o conceito de família para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada para a pessoa idosa ou para a pessoa portadora de deficiência.

¹⁷³ BRASIL. Lei Nº. 10.741, de 1º outubro de 2003. **Dispõe Sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2014.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei Nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2014.

¹⁷⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 506.

O art. 4º, inc. V, do Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007, estabelece que, para fins de aferição de renda per capita, conforme determinação do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, será considerado família o grupo de pessoas que vivam sob o mesmo teto, assim composta, pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, os pais, e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.¹⁷⁶

Assim, no primeiro momento, pode-se dizer que a família tem o dever de promover o amparo do idoso ou o portador de deficiência, de modo que, por outro lado, a reponsabilidade do Estado poderá ser considerada como sendo subsidiária, já que o benefício de prestação continuada é uma prestação assistencial com caráter emergencial e temporário, como todos os benefícios da política assistencial.¹⁷⁷

Pode-se encontrar outros dispositivos que tratam a respeito do assunto, como o art. 229, da Constituição Federal de 1988, e o art. 1.694, do Código Civil:

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”¹⁷⁸

“Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”¹⁷⁹

Porém, mesmo com as ilustrações dos dispositivos acima, é notório que nem todos os núcleos familiares terão, de fato, reais condições de socorrerem uns aos outros, já que, em regra, os gastos cotidianos com a velhice ou com a deficiência, dependendo da gravidade do estado de saúde, apresentarão custos relativamente altos, como pode-se citar as despesas na compra de remédios, de alimentação adequada, de vestuário, de eventual plano de saúde, por isso, na prática, a renda familiar considerada para fins de aferição da renda per capita do grupo familiar do idoso ou portador de deficiência, será em regra, aquela integrada por indivíduos que ajudam diretamente na renda da família, de modo que, caso contrário, se esse núcleo familiar não possui condições suficientes para promover assistência, surge a

¹⁷⁶ Decreto nº. 6.214, de 26 de setembro de 2007. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

¹⁷⁷ PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O Benefício Assistencial a Idosos e Portadores de Deficiência**. São Paulo: Leud, 2011. p. 54.

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

¹⁷⁹ BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

figura do Estado para estar auxiliando tais famílias. É o que provém do artigo 14 do próprio Estatuto do Idoso:

“Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.”¹⁸⁰

O BPC poderá ser pago a mais de um membro da família, porém deverá o novo beneficiário comprovar todos os requisitos previstos na lei.

Diante dessa informação, observa-se que a Lei n. 10.741, de outubro de 2003, (Estatuto do Idoso) estabelece no artigo 34, parágrafo único, um tratamento diferenciado quando faz referência a computação da renda per capita familiar para fins de concessão do BPC a outro integrante da família, de modo que, quando o benefício já é concedido a um dos membros da família, essa renda não entrará no cálculo para fins de uma nova concessão:

“Art. 34. [...] Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere o LOAS.”¹⁸¹

Para Ibrahim, essa flexibilização na regra estabelecida para aferição da renda per capita familiar do idoso irá trazer algumas incoerências, de modo que, cita como exemplo a seguinte situação hipotética:

“Imaginemos um casal de idosos, maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, sem qualquer fonte de renda, que morem sozinhos. Ambos poderão receber o benefício assistencial, já que para o idoso, um benefício de prestação continuada – BPC não será levado em consideração no cálculo da renda per capita. Mas o que dizer na mesma situação, agora com um idoso aposentado, recebendo um salário mínimo? Nesta situação, a renda extrapolaria o mínimo fixado na LOAS!”¹⁸²

A ilustração fática demonstrada pelo autor é plausível e também foi motivos de debates nos Tribunais, como será visto posteriormente na análise do julgamento do recurso extraordinário n. 580.963, pois nitidamente verifica-se que este tratamento é exclusivo para o beneficiário pessoa idosa, não se estendendo ao portador de deficiência, que neste caso, traria de fato, uma forma de tratamento diferenciado, que a princípio não se justificaria.

¹⁸⁰ BRASIL. Lei Nº. 10.741, de 1º outubro de 2003. **Dispõe Sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2014.

¹⁸¹ BRASIL. Lei Nº. 10.741, de 1º outubro de 2003. **Dispõe Sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2014.

¹⁸² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 18.

Dessa forma, identifica-se que a Lei n. 10.741, de outubro de 2003, que dispõe sobre o estatuto do idoso, na verdade acaba privilegiando o beneficiário idoso em detrimento de uma outra situação. Hipoteticamente, imagina-se que outra família composta por dois idosos, só que ao invés de um já receber o BPC, recebe-se uma aposentadoria no valor de um salário mínimo e mesmo assim, o outro idoso não terá, em regra, “em regra porque já houve decisão que concedeu o BPC interpretando extensivamente o art. 34 do Estatuto do Idoso” direito em receber o BPC. Veja-se a incoerência da lei em tratar duas famílias que, em tese, encontram-se na mesma situação econômica.

Será demonstrado posteriormente que a interpretação extensiva desse dispositivo gerou em âmbito judicial grandes discursões relevantes, como a afronta ao princípio da isonomia.

4.1.2.2 Do Amparo Social ao Portador de Deficiência

Além do idoso, também poderá requer o BPC a pessoa portadora de deficiência. Em regra, o requerente portador de deficiência será submetido à realização de perícia médica, que poderá ser realizada tanto em âmbito administrativo como judicial. Na esfera administrativa a deficiência poderá ser comprovada por intermédio de laudo expedido por serviço multiprofissional do Sistema Único de Saúde ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, exigindo-se apenas o devido credenciamento para realização dessa função, que será expedida pelo Conselho Municipal de Assistência Social. Por outro lado, na esfera judicial a perícia ocorrerá quando o requerente tendo seu pedido negado ou procrastinado perante uma agência do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS ajuíza ação em desfavor deste e na fase de realização de perícia médica será avaliado por um perito judicial nomeado pelo juiz.¹⁸³

Importante mencionar que o conceito de pessoa deficiente vem sofrendo algumas modificações ao longo do tempo. Ocorre que, anteriormente, a incapacidade decorria basicamente de uma limitação física que impedia uma pessoa de prover suas necessidades básicas, se restringindo, essa incapacidade, unicamente a uma limitação física, ou seja, pessoa que apresentava um problema visivelmente físico, como a perda de um membro, ou a perda

¹⁸³ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 439.

de movimento de um dos seus membros, demonstrava ser uma pessoa deficiente, apenas, pelo fato de apresentar um problema físico aparente.

Recentemente, a Lei n. 12.435, de julho de 2011, e a Lei n. 12.470, de agosto de 2011, alteraram a redação do art. 20, § 2º, da LOAS, ampliando o conceito de deficiência, que passou a considerar pessoa portadora de deficiência, como sendo aquela acometida de uma incapacidade de longo prazo, que poderá ser tanto física, como mental, intelectual ou sensorial, sendo imprescindível a realização de perícia médica para aferição dessa incapacidade. O impedimento de longo prazo passa a ser entendido como sendo aquela incapacidade atestada em laudo médico que produzirá efeitos por no mínimo dois anos na vida do indivíduo.¹⁸⁴

Por se tratar de modificação recente na legislação e como ainda não há registros de manifestações nos Tribunais, realizar-se-á um estudo da matéria sob uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial que antecede a alteração da norma.

Antes da alteração da lei, a interpretação dada ao conceito de deficiência era o mesmo estabelecido no âmbito da previdência social, sendo considerada, conforme o artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, como sendo, “aquela pessoa que fosse incapaz para a vida independente e para atuar no mercado de trabalho”, o que, todavia, parece contrariar o disposto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 203 [...] V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”¹⁸⁵

A previsão de deficiência prevista no art. 20, § 2º, da Lei Orgânica de Assistencial Social foi motivo para o surgimento de inúmeras discussões e divergências, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma vez que, essa deficiência passa a ser entendida como sendo aquela incapacidade laborativa que uma pessoa terá em conseguir prover o seu próprio sustento e não apenas aquela incapacidade que impedia uma pessoa de exercer suas atividades da vida cotidiana, como se vestir, banhar-se, dentre outras necessidades. Pode-se demonstrar a título de exemplo a edição da Súmula nº. 29, da Turma Nacional de

¹⁸⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 504.

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), que modificou os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, estabelecendo o seguinte teor:

“Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.”¹⁸⁶

Em suma, pode-se dizer que a jurisprudência tornou-se pacífica com relação à condição de pessoa portadora de deficiência para efeitos de concessão do BPC que será verificada quando demonstrada a incapacidade para o trabalho e para a vida independente.

No mesmo contexto, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes da Organização das Nações Unidas (ONU) proclama o seguinte conceito de pessoa deficiência:

“1 - O termo "pessoas deficientes" refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.”¹⁸⁷

Conforme Luiz Alberto David Araújo citado por Wagner de Oliveira Pierotti, a pessoa portadora de deficiência será caracterizada como sendo aquela que possui algumas dificuldades, levando-se em conta o grau de dificuldade:

“O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

[...]

A deficiência, portanto, há de ser entendida levando-se em conta o grau de dificuldade para a integração social e não apenas a constatação de uma falha sensorial ou motora.

[...]

O conceito de deficiência reside na incapacidade do indivíduo para certas tarefas não na falta de qualquer capacidade física ou mental. A análise isolada não poderá ser feita; pelo contrário, a deficiência deve ser sempre correlacionada à tarefa ou atividade.”¹⁸⁸

Observa-se que a redação legal do art. 20, § 2º, da Lei Orgânica de Assistência Social foi realmente bem criticada no ordenamento jurídico. A título de ilustração, destacam-se as palavras de Fábio Zambitte Ibrahim a respeito do assunto:

“Sem embargos, a redação legal é criticável, não devendo ser interpretada literalmente (como, aliás, quase todas as leis), devido à imprecisão do que seria

¹⁸⁶ BRASIL. Lei N. 8.742, de setembro de 1993. **Dispõe Sobre a Organização da Assistência Social e dá outras providências**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abril 2014.

¹⁸⁷ BRASIL. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes da Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2014.

¹⁸⁸ PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O Benefício Assistencial a Idosos e Portadores de Deficiência**. São Paulo: Leud, 2011. p. 71.

incapacidade para a vida independente. Isso acaba por excluir quase todas as solicitações administrativas do benefício assistencial, pois a perícia médica em geral entende que somente enquadrar-se-ia neste requisito a pessoa totalmente dependente de terceiros, mesmo nas atividades mais básicas do dia a dia. Não parece ser este o ideal da Constituição ao prever a assistência social que privilegia a dignidade da pessoa humana.”¹⁸⁹

O próprio Superior Tribunal de Justiça também se manifestou a respeito do assunto no julgamento do Recurso Especial n. 360.202/AL, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, em 1º de julho de 2002:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. **INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO RECURSO DESPROVIDO.**

I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados frequentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, **tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.** II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador. III - Recurso desprovido.”¹⁹⁰ (Negritou-se)

Pode-se concluir que o conceito de deficiência encontra-se em constante evolução e com as novas regras outras adaptações ocorrerão, tanto na jurisprudência como na doutrina, uma vez que, a reformulação passa a considerar a incapacidade como um fenômeno multiprofissional que abrangerá tanto uma limitação no desempenho de atividade como uma restrição na participação social, em correspondência à integração entre pessoa e seu ambiente físico e social.¹⁹¹

O que verdadeiramente se pretende é alcançar proteção assistencial adequada, dentro de preceitos constitucionais, se aproximando o máximo possível das disposições constantes na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹⁸⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 20.

¹⁹⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 360.202/AL. Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, Data do Julgamento 04/06/2002, Data da Publicação 01/06/2002.

¹⁹¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 24.

Entende-se que com a nova alteração estabelecida para o artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, com o advento da Lei n. 12. 470, de 31 de agosto de 2011, o conceito de pessoa deficiente, aproximou-se, consideravelmente, aos objetivos contidos no preâmbulo da aludida Convenção, conforme bem ilustra Ibrahim dizendo “deficiência é um conceito em evolução, resultando da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, sendo necessário, por ocasião da concessão do BPC, adaptação a esse novo conceito tanto em âmbito administrativo como judicial.¹⁹²

Assim, a incapacidade é vista sobre outro aspecto e não mais pela aquela visão administrativa que considerava pessoa deficiente apenas aquelas que apresentavam um problema aparente, ou meramente físico e passa a ser tratada como um fenômeno complexo que haverá uma vinculação diretamente relacionada com as dificuldades que o indivíduo estará sujeito, tanto no momento de inserção social quanto no mercado de trabalho.¹⁹³

Ressalta-se que também é possível a concessão do BPC a crianças e adolescentes portadores de deficiência desde o nascimento, tratar-se-á de situações especiais que poderão ser analisados, no óbice do caso concreto, conforme previsão do § 1º, do art. 4º, do Decreto n. 6. 214, de setembro de 2007:

“Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:
[...]

§ 1º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade.”¹⁹⁴

No mesmo sentido, a Instrução Normativa n. 29 INSS/PRES, de 4 de junho de 2008, estabelece no § 2º, do art. 624, praticamente a mesma redação do Decreto acima:

“Art. 624”. [...]

§ 2º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada de crianças e adolescentes até dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da

¹⁹² TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 24.

¹⁹³ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 24.

¹⁹⁴ Decreto n. 6. 214 de setembro de 2007. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

participação social, compatível com a idade, sendo dispensável proceder à avaliação da incapacidade para o trabalho.”¹⁹⁵

Portanto, pode-se concluir que o benefício assistencial também será devido para crianças e adolescentes menores de 16 anos, pois a incapacidade para o trabalho e para vida independente, em face da idade, tornar-se-á presumida, conforme disposição constante no artigo 9º da Orientação Interna do INSS/DIRBEN n. 61, de 2002:

“Art. 9º. Em caso de benefício requerido para criança ou adolescente de até 16 (dezesseis) anos, de família que não tenha renda suficiente para prover à sua subsistência, a equipe médica deverá apenas verificar se a deficiência se encaixa nas definições legais já existentes, pois a incapacidade para o trabalho e para vida independente, em face da tenra idade, já é presumida.”¹⁹⁶

Ao lado desse entendimento, destaca-se a lúcida análise realizada por Marcelo Leonardo Tavares a respeito do assunto:

“O benefício pode ser devido mesmo a crianças e adolescentes menores de 16 anos (que, naturalmente, já estariam fora do mercado de trabalho), devendo ser avaliado o impacto da deficiência na participação social, compatível com a idade, sendo indispensável haver projeção da deficiência na capacidade para o trabalho (futuro). Ainda outro fator pode ser considerado na concessão do benefício a menor de 16 anos: o grau de comprometimento que a deficiência do filho leva à vida dos pais, isto é, a análise de quanto a necessidade de cuidados especiais destinados ao filho com deficiência dificulta a vida social e laboral dos responsáveis.”¹⁹⁷

Com a finalidade de reforçar ainda mais a possibilidade de concessão do BPC às crianças e adolescentes portadores de deficiência, observa-se o disposto no art. 227, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

I - [...];

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Instrução Normativa nº. 29 do INSS/PRES, de 4 de junho de 2008. Brasília: Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁹⁶ Orientação Interna do INSS/DIRBEN nº. 61, de 2002. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁹⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 24.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Embora o dispositivo não fale expressamente em crianças e adolescentes portadoras de deficiência, é certo que o artigo deve ser aplicado com maior vigor por serem portadoras de deficiência, devendo ter preferência com relação às demais crianças e adolescentes não portadoras de deficiência.

Por fim, cabe ressaltar que, caso a pessoa portadora de deficiência venha a exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual, o BPC será suspenso, e não cessado pelo órgão concedente, a intensão da lei é conceder a oportunidade ao portador de deficiência de estar verificando sua possibilidade ou não de inserção no mercado de trabalho, caso não seja possível sua inclusão, o benefício será restabelecido. Já no caso de contratação de pessoa com deficiência na condição de aprendiz não acarretará a suspensão do BPC, limitando-se o recebimento concomitantemente da remuneração e do benefício pelo período de dois anos.¹⁹⁹

4.2 OUTRAS REGRAS

Como compreendido, a Lei Orgânica de Assistência Social sob n. 8.742, de dezembro de 1993, é a lei responsável pela regulamentação do art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, instituindo o Benefício de Prestação Continuada – BPC, que garante a concessão de um salário mínimo aos hipossuficientes que comprovarem possuir renda per capita igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente. O critério renda não é o único requisito, além disso, a lei ainda determina que a concessão do BPC seja concedida para apenas dois sujeitos, quais sejam, para o idoso com 65 anos de idade, ou mais, e para o portador de deficiência. Nessas primeiras considerações conclui-se que o Benefício de Prestação Continuada é um benefício assistencial de caráter personalíssimo, que se extingue no caso de morte do titular do benefício, não sendo, possível a transmissão do BPC aos seus dependentes ou sucessores.²⁰⁰

Independentemente de realização ou não de contribuições para o sistema da previdência social, o idoso ou portador de deficiência poderá requerer o BPC, desde que comprovem não possui meios de prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por seus familiares, e que cuja renda per capita é igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, assim o

¹⁹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 505.

²⁰⁰ SUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 439.

amparo assistencial corresponderá a importância de um salário mínimo que será pago mensalmente ao possível beneficiário, independentemente de contribuições para a Seguridade Social.²⁰¹

Conforme Sergio Pinto Martins, tanto o idoso como a pessoa portadora de deficiência irá comprovar a condição de pessoa hipossuficiente, quando a renda per capita for igual ou inferior a um quarto do salário mínimo, mediante a apresentação dos seguintes documentos por parte de todos os membros do núcleo familiar do requerente que exerçam atividade remunerada e que participem efetivamente na renda daquele que estar pleiteando a concessão do benefício, tais documentos, considerados necessários, encontram-se elencados no Decreto n. 1.744, de dezembro de 1995:

“a) CTPS com anotações atualizada; b) contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador; c) carnê de contribuições ao INSS, d) extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo INSS ou outro regime de previdência social pública ou privada; e) declaração de entidade, autoridade ou profissional de assistência social.”²⁰²

O artigo 20, § 5º, da LOAS, esclarece que a condição de acolhimento em instituição de longa permanência e a situação de internado não prejudicará o direito do idoso ou pessoa portadora de deficiência em receber o BPC. O dispositivo tornar-se relevante nos casos em que, muitas vezes a pessoa idoso ou portadora de deficiência em situação de miserabilidade acabam sendo abandonadas por seus familiares, e em regra, são acolhidos em abrigos, asilos ou até mesmo orfanatos, em tal situação, na maioria das vezes, encontram-se desprovidos de nenhuma fonte de renda, dessa forma, não serão prejudicados, ou seja, poderão requerer a qualquer momento a concessão do BPC.²⁰³

O BPC, em regra, será revisto a cada 2 (dois) anos, conforme previsão estabelecida no art. 21, da LOAS. O intuito é avaliar a continuidade das condições que deram origem a concessão do amparo, uma vez que, o benefício originou-se, com a finalidade de atender as necessidades básicas da pessoa idosa ou portadora de deficiência em caráter emergencial e temporária, pois, caso sejam superadas as condições que deram origem a concessão do amparo, este será cessado, portanto, caso o beneficiário não mais se enquadre na

²⁰¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 503.

²⁰² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 503.

²⁰³ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestação e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 276.

condição de necessitado, o benefício deixará de ser pago pelo INSS. Um outro motivo que enseja a revisão do BPC é a preocupação em evitar fraudes no sistema assistenciário.²⁰⁴

O próximo capítulo versará a respeito da análise de precedentes jurisprudenciais alusivo ao critério renda per capita familiar de um quarto do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993.

O objetivo será demonstrar a evolução jurisprudencial dispensado ao tema, buscando enfatizar os principais questionamento e implicações discutidos nos julgados que serão analisados neste trabalho monográfico.

²⁰⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 505.

5. ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 203, inc. V, que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuições para a Seguridade Social, tendo como um de seus objetivos a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à sua própria manutenção ou de tê-la provida por seus familiares, conforme, assim, dispuser a lei.²⁰⁵

À luz da determinação constitucional, surge no ordenamento jurídico a Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da assistência social, regulamentando o comando constitucional.

Essa lei, ao regulamentar o preceito constitucional, passou a estabelecer critérios para a concessão do benefício de prestação continuada, sendo o primeiro critério a garantia de um salário mínimo mensal aos idosos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e aos portadores de deficiência que comprovarem não possuir meios de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Especificamente no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, é que vem previsto a segunda regra para concessão do amparo assistencial, diga-se de passagem o cerne da problemática existente nos Tribunais, que assim, prevê: “considerar-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente”.

A interpretação literal do dispositivo é uma prática reiterada utilizada em âmbito administrativo pelo INSS. Em decorrência disso, diversos requerimentos para a concessão do BPC foram indeferidos pela autarquia sob o fundamento de que não havia o perfeito enquadramento do requisito legal, ou seja, mesmo se a renda ultrapassasse uma pequena diferença da renda bruta familiar prevista na norma já era motivo para o indeferimento de plano do pedido.

Esse tipo de interpretação literal acabou por não conseguir demonstrar a verdadeira miserabilidade de ambos os tutelados do BPC, uma vez que no caso concreto,

²⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

poderiam existir outras vulnerabilidades que se tornavam elementos essenciais para a avaliação da real situação econômica do núcleo familiar.

Os possíveis beneficiários do BPC inconformados com os indeferimentos em âmbito administrativo recorreram ao Poder Judiciário com a finalidade de reverter tal situação. Em decorrência disso, pouco tempo depois da edição da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, o requisito financeiro estabelecido para fins de concessão do benefício já era motivo para o surgimento de grandes debates e discussões em âmbito administrativo, doutrinário e jurisprudencial, uma vez que cumprir de forma literal e absoluta a determinação legal nunca foi tarefa fácil para os órgãos detentores de jurisdição.

Nesse impasse, pôde-se observar que as controvérsias, surgiam, a princípio, no âmbito judicial, em dois momentos distintos. No primeiro momento, as decisões que entendiam pela aplicabilidade objetiva do critério estabelecido, faziam surgir, pela parte que se sentia prejudicada no seu direito, diversos recursos para instâncias superiores com a finalidade de alcançar mérito favorável ao seu pedido, visto que já era pacífico o entendimento que o critério legal não necessariamente seria o único parâmetro a ser observado para fins de aferição do estado de miserabilidade da parte. Por outro lado, quando o julgador deixava de aplicar o critério objetivo e passava a flexibilizar a comprovação da miserabilidade do núcleo familiar por outros meios de provas, também faziam surgir diversos recursos e reclamações por parte do INSS para os órgãos superiores, com objetivo de ver reformada a decisão que descumpriu e interpretou extensivamente o critério legal estabelecido.

A função jurisdicional foi atribuída ao Poder Judiciário que terá dentre outros objetivos, priorizar a efetivação do bem comum, prevalecendo à ideia do Estado Social Democrático de Direito.

Assim, de um lado estará o Poder Judiciário que tem a função de prestar a tutela jurisdicional em nome do Estado, cabendo, nesse momento registrar que em âmbito judicial rege o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, assim, previsto no art. 131, do Código de Processo Civil. De outro lado, estará o Poder Legislativo que tem a função de elaborar leis que deverão ser observadas e cumpridas e, no caso, de leis que versam sobre prestações pecuniárias, essas surgem no ordenamento jurídico após uma prévia análise orçamentária de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado.

No entanto, como mencionado, cumprir objetivamente apenas o parâmetro socioeconômico estabelecido na LOAS nunca foi tarefa fácil em âmbito judicial. Em determinados casos concretos, comprovou-se na prática judiciária que nem sempre esse critério infraconstitucional de um quarto do salário mínimo poderia ser utilizado como sendo a única forma capaz de aferição do caráter de miserabilidade daquele que pretendia a concessão do benefício assistencial, tendo, portanto, o julgador se utilizado de outros meios probatórios com o objetivo de não cometer injustiça social, observando também os desígnios maiores previstos na constituição, como o de promover efetivamente vida digna aos cidadãos.

A lei não tem o dom de transformar pessoas miseráveis em não miseráveis e vice-versa, nota-se, que por esse motivo, os julgadores passaram a utilizar outros critérios subjetivos em face do caso concreto com a finalidade de alcançar um tratamento mais justo em determinadas ações que versavam sobre a concessão do BPC, fundamentando, em regra, suas decisões com base em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana. Veja-se, nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim a importância dessa análise no caso concreto, uma vez que passará a demonstrar a verdadeira realidade social ali existente:

“De fato, ainda que o Legislador frequentemente utilize-se de parâmetros objetivos para a fixação de direitos, a restrição financeira pode e deve ser ponderada com características do caso concreto, sob pena de condenar-se à morte o necessitado. Ainda que a extensão de benefício somente possa ser feita por lei, não deve o intérprete omitir-se à realidade social.”²⁰⁶

À luz das considerações realizadas, cumpre observar de forma mais detalhada o que os Tribunais têm decidido a respeito dos aspectos que permeiam o critério objetivo previsto na LOAS para fins de concessão do BPC.

Assim, nos próximos tópicos, o trabalho demonstrará a evolução jurisprudencial dispensado ao critério renda per capita familiar igual ou inferior a um quarto do salário mínimo, como condicionamento objetivo, assim, previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, para fins de concessão do BPC. Primeiramente, serão analisados, os principais julgados provenientes do Supremo Tribunal Federal, logo após, será demonstrada a construção hermenêutica de interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça.

²⁰⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 14.

O objetivo será demonstrar a evolução jurisprudencial dispensada ao tema, buscando enfatizar os principais questionamento e implicações discutidos nos julgados que serão analisados neste trabalho monográfico.

5.1 POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como enfatizado anteriormente, pouco tempo depois da edição da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, o critério socioeconômico que caracteriza família de baixa renda como sendo aquela que possui renda mensal per capita igual ou inferior a um quarto do salário mínimo para fins de concessão do benefício de prestação continuada já era motivos para grandes debates em âmbito, administrativo, doutrinário e judicial.

O Procurador-Geral da República entendendo ser este critério de um quarto do salário mínimo inconstitucional ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob n. 1.232-1/DF perante o Supremo Tribunal Federal (Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim), sendo julgada pelo STF em 27 de agosto de 1998.

A Suprema Corte, à época, entendeu não haver motivo para declarar o dispositivo inconstitucional, dessa forma, por maioria de votos a ação direta foi julgada improcedente. Nesse contexto, a limitação legal estabelecida no § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, foi considerado constitucional, conforme, se extrai da decisão ementada:

“EMENTA. CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESES OBJETIVAS DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.”²⁰⁷

Sem dúvida, alguns assuntos importantes foram discutidos no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, desta feita, passa-se a expor os principais pronunciamentos relacionados nos autos, como o parecer do Ministro Relator Ilmar Galvão:

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Nelson Jobim. Data do Julgamento: 27/08/1998. Data da Publicação no DJ: 01/06/2001. Brasília: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 set. 2014.

“Na realidade, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no texto legal, posto revelar ele uma verdade irrefutável, [...] a questão que resta é a de saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso invalido [...].”²⁰⁸

No mais, ainda conclui o Ministro que “revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que acabaria por afastar grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso”, ou seja, tende-se a imaginar que a intenção da ordem constitucional não é deixar sem proteção aquelas pessoas que mesmo ultrapassando ao teto estabelecido não deixam de ser consideradas hipossuficiente, tendo por análise, no caso concreto, outros fatores probatórios indicativos dessa miserabilidade.

Seu voto, seguiu, diante do parecer exposto, pelo julgamento procedente apenas em parte da ação direta de inconstitucionalidade, considerando os efeitos explicitados no ditame.

No mais, acompanhando o voto do Min. Ilmar Galvão cabe destacar o parecer do Min. Sepúlveda Pertence que de forma clara expôs:

“Considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contida no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta.”²⁰⁹

Já o Min. Nelson Jobim entendeu que “compete à lei dispor a forma da comprovação. Se o legislador resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Nelson Jobim. Data do Julgamento: 27/08/1998. Data da Publicação no DJ: 01/06/2001. Brasília: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 set. 2014.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Nelson Jobim. Data do Julgamento: 27/08/1998. Data da Publicação no DJ: 01/06/2001. Brasília: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 set. 2014.

se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição.”²¹⁰

Nessa linha de pensamento, o Min. Nelson Jobim, julga pela improcedência da ação.

Por maioria dos votos, os ministros seguiram o posicionamento do Min. Nelson Jobim entendendo que competiria a lei determinar a forma de comprovação, de modo que se o legislador resolveu criar àquela forma (renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo), nesse caso, então, deverá ser observada e cumprida, não havendo, portanto, interpretação conforme possível, uma vez que sua definição dependerá de lei.

Por outro lado, o voto do Min. Relator Ilmar Galvão e do Min. Sepúlveda Pertence diz que não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no dispositivo, porém restaria saber se tal hipótese seria a única suscetível para caracterizar a hipossuficiência da família do idoso ou portador de deficiência, uma vez que ao utilizar o critério de forma objetiva e absoluta, acabaria afastando grande partes dos possíveis destinatários do benefício, nesse sentido, passaram a concluir que o texto impugnado deveria, portanto, ser interpretado não como sendo o único meio admissível para comprovar a condição de miserabilidade da família do idoso ou portador de deficiência que pretende a concessão do BPC.²¹¹

Nesse contexto, os votos acima ilustrados servem para demonstrar um marco inicial para a existência de duas interpretações distintas para o dispositivo infraconstitucional, uma vez que, tais votos não colocaram termo à controvérsia. Pelo contrário, acabou reforçando mais ainda a prática judiciária no sentido de, diante do caso concreto, aferir o caráter de miserabilidade da família do idoso ou portador de deficiência por intermédio de outros meios probatórios, sendo considerado o critério legal apenas um dos parâmetros a ser observado, ou seja, não se excluiria outros elementos probatórios que seriam capazes de comprovar a real situação econômica dos possíveis titulares do BPC. A finalidade, portanto, era comprovar a verdadeira situação de hipossuficiência daquela família.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Nelson Jobim. Data do Julgamento: 27/08/1998. Data da Publicação no DJ: 01/06/2001. Brasília: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 set. 2014.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Nelson Jobim. Data do Julgamento: 27/08/1998. Data da Publicação no DJ: 01/06/2001. Brasília: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 set. 2014.

Dessa forma, pelo fato da lei ter permanecido inalterada, os magistrados, diante do caso concreto, frequentemente passaram a utilizar outros meios de provas para comprovação do estado de miserabilidade do assistido, contornando, assim, o critério objetivo estabelecido pela LOAS, com a finalidade de alcançar o verdadeiro estado de miserabilidade social daquele idoso ou portador de deficiência que almejava a concessão do BPC.

Tempos depois, em decorrência dos diversos deferimentos judiciais do BPC a pessoas que não comprovava objetivamente o requisito previstos na LOAS, originaram no STF várias reclamações a respeito do assunto, sendo a maioria delas indeferidas, causando um esvaziamento da decisão tomada na ADI n. 1.232-1/DF.

Notadamente, vislumbra-se no julgamento da Reclamação n. 4374/PE de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que a própria Corte mudou consideravelmente seu posicionamento sobre a matéria, ocasionando importantes mudanças na compreensão do tema.

No julgamento da referida reclamação o STF passou a entender que embora o critério de aferição de miserabilidade de 1/4 do salário mínimo fosse constitucional, tal preceito não seria, necessariamente, o único critério a ser observado pelo julgador, ou seja, não era necessário limitar-se a essa condição legal diante do caso concreto a qual estivesse o interprete da lei presidindo.

Nota-se, que novamente o STF confere ao Poder Judiciário a possibilidade de analisar o caso concreto de forma subjetiva, ou seja, relativizando o critério renda per capita por outros meios de provas, em detrimento do critério objetivo estabelecido pela norma infraconstitucional. Nesse contexto, torna-se importante destacar as palavras do Ministro Gilmar Mendes ao negar a liminar na Reclamação n. 4.374/PE. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 18/04/2013, Data da Publicação 04/09/2013.²¹²

“[...] não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3.º, da Lei nº. 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão. Em alguns casos, procede-se à interpretação sistemática da legislação superveniente que estabelece critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais.”

²¹² O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

Compreende-se ainda do julgamento que o Ministro Gilmar Mendes fundamentou sua decisão levando-se em consideração outros programas assistenciais que trouxeram novos critérios considerados mais “elásticos” na aferição da miserabilidade para fins de concessão de outros benefícios governamentais.

A fundamentação utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes na reclamação que levou em consideração novos parâmetros, possibilitou ainda mais a flexibilização do critério renda per capita pelos interpretes da lei, ou seja, os magistrados, passaram a utilizar, dentre outros parâmetros, os novos critérios de aferição da renda per capita estabelecidos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como a Lei n. 10.836/2004, que trata da criação do Bolsa Família; a Lei n. 10.689/2003, que institui o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei n. 10.219/2001, que criou o Programa de Renda Mínima Vinculada à Educação – Bolsa Escola, dentre outros.

Vislumbra-se na obra, Curso de Direito Previdenciário, do Doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim, que o Decreto n. 6.135, de junho de 2007, é a norma responsável pela definição de família atendida pelo Cadastro Único para Programas do Governo Federal, considerando como sendo aquela cuja renda familiar mensal seja de até ½ do salário mínimo:

“[...] que a parametrização em salário-mínimo, para fins de qualificação, é adotada também em outras hipóteses, como no Decreto nº. 6.135/07, o qual, ao instituir o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, define como família atendida aquela com renda familiar mensal per capita de até meio salário mínimo [...]”²¹³

No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 3805/SP. Supremo Tribunal Federal. Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 01/07/2009, Data da Publicação 21/08/2009,²¹⁴ negou provimento ao agravo reconhecendo também a possibilidade de aferição da miserabilidade da família do idoso ou portador de deficiência por outros meios probatórios. Veja-se a ementa do julgado:

“EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL. ART. 20 DA LEI N. 8.742/1993. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.232/DF. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO EXIGIDO NO ART. 317, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”.

Com base nessas considerações iniciais, observa-se que o STF vem admitindo desde o julgamento da ADI 1.232-1/DF até os indeferimentos das reclamações, a

²¹³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 16

²¹⁴ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

possibilidade de identificar no caso concreto a real condição socioeconômica da família do idoso ou portador de deficiência por outros meios de provas que vão além do critério objetivo previsto na LOAS.

Porém, cabe destacar que decisões contrárias também pôde ser identificada no STF, como no julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação n. 4.427-1/RS. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 06/06/2007, Data da Publicação 29/06/2007.²¹⁵ Por unanimidade a liminar foi deferida e no mérito inadmitiram a possibilidade de concessão do BPC diante de renda per capita familiar superior a ¼ do salário mínimo, tendo em vista a ofensa ao acórdão do Supremo na ADI n. 1.232-1/DF, conforme, assim, estabelece a ementa:

“EMENTA: PREVIDÊNCIA SOCIAL. Benefício assistencial. Lei n. 8.742/93. Necessitado. Deficiente físico. Renda familiar mensal per capita. Valor superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. Concessão da verba. Inadmissibilidade. Ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI n. 1.323. Liminar deferida em reclamação. Agravo improvido. Ofensa a autoridade do acórdão do Supremo na ADI n. 1.232, a decisão que concede benefício assistencial a necessitado, cuja renda mensal familiar per capita supere o limite estabelecido pelo § 3º do art. 20 da Lei federal n. 8.742/93.”

Como a polêmica permanecia e parecia não ter fim, a questão chegou novamente ao STF e dessa vez em sede de Recursos Extraordinários n. 567.985/MT e 580.963/PR. Esses recursos foram julgados pelo Pleno do Tribunal em seção conjunta em 17 e 18 de abril de 2013.

O julgamento dos recursos será objeto de análise no tópico a seguir.

5.1.1 Recurso Extraordinário n. 580.963. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 18/04/2013, Data da Publicação 14/11/2013.²¹⁶

Os julgados serão analisados com base na mesma sequência lógica de argumentação estabelecida no original.

Em 17.04.2013 iniciou-se no STF a Seção Plenária conjunta que julgou o Recurso Extraordinário n. 567.985/MT e o Recurso Extraordinário n. 580.963/PR.

²¹⁵ O relato desse processo foi extraído do respectivo acórdão.

²¹⁶ O relato desse processo foi extraído do respectivo acórdão.

Conforme mencionado anteriormente, o STF no julgamento da ADI n. 1.232-1/DF em 27 de agosto de 1998, entendeu ser o § 3º, do art. 20, da Lei n. 7.842, de dezembro de 1993, constitucional, ou seja, não se vislumbrou naquele momento a inconstitucionalidade no referido dispositivo infraconstitucional.

Entretanto, mesmo considerado constitucional, a prática judiciária passou a demonstrar outra realidade, ou seja, a de que não era possível para o interprete da lei utilizar apenas esse critério como sendo o único e absoluto para estimar de forma convicta o real estado de miserabilidade da família do idoso ou do portador de deficiência que na qual pleiteava a concessão do BPC.

Tendo em vista o posicionamento do STF na ADI n. 1.232-1/DF a Súmula n. 11 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais deve que ser cancelada em 23.04.2006, sendo publicado no Diário de Justiça em 12.05.2006.

O texto da referida súmula dizia que “a renda mensal, per capita familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”

A súmula possibilitava ao magistrado utilizar outros meios probatórios para fins de aferição de miserabilidade do idoso ou portador de deficiência que postulava a concessão do BPC, além do parâmetro previsto no § 3º, do art. 20, da Lei n. 7.842, de dezembro de 1993.

A Turma Nacional é o órgão máximo que julga os processos provenientes dos Juizados Especiais Federais. A principal função do colegiado é harmonizar a jurisprudência dos juizados, passando a julgar os casos divergentes entre as decisões das turmas recursais das diferentes regiões, bem como fiscalizar se as decisões das turmas recursais estão em conformidade com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

É visível que Turma Nacional apenas objetivava harmonizar os julgamentos contrários oriundos das turmas recursais das diferentes regiões sobre o assunto tão polêmico renda per capita familiar. É possível identificar que tais divergências surgem a partir do momento em que os juízes passaram a decidir contrariamente ao critério objetivo previsto

na LOAS, pois, ficavam, diante do caso concreto, impossibilitados de aplicar tal dispositivo em vista da real situação de miserabilidade do postulante ali verificada.

Feita essas considerações, o Ministro Gilmar Mendes afirma que embora a súmula tenha sido cancelada ela continuou sendo utilizada em muitos julgados posteriores à declaração de constitucionalidade do dispositivo na ADI n. 1.232-1/DF. Assim, o Ministro defendeu que “[...] essa discussão mereceu muitas reservas nas instâncias ordinárias. No âmbito dos Juizados Especiais Federais a Turma Nacional de Uniformização cancelou a súmula n. 11, tendo em vista a decisão do Supremo na ADI n. 1.232. Ocorre que sua orientação continuou sendo utilizada em muitos julgados posteriores, menosprezando a decisão do STF.”

Os Ministros ainda debateram o inconformismo apresentado pelo Instituto Nacional de Seguro Social a respeito do parágrafo único do art. 34 da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, prevendo a seguinte redação:

“Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS.”²¹⁷

Ocorre que o INSS interpôs o recurso extraordinário tendo em vista a decisão da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Paraná, que negou provimento ao recurso inominado da sentença que condenou a autarquia a conceder à parte recorrida o benefício de prestação continuada previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988 e art. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, no valor de um salário mínimo.

Conforme o relatório do recurso extraordinário extrai-se: “a sentença de primeira instância considerou que, para a concessão do benefício assistencial, o cálculo do valor da renda mensal familiar per capita não deve levar em conta outros benefícios recebidos pelo idoso, sejam eles assistenciais ou previdenciários [...]”

A sentença considerou ainda que o referido dispositivo deveria sofrer uma “interpretação teleológica”, pelos seguintes argumentos:

²¹⁷ BRASIL. Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 de nov. 2014.

“Por uma interpretação teleológica, não só os valores recebidos por idoso integrante do grupo familiar a título de LOAS, mas qualquer título (pensão, aposentadoria rural etc.), desde que o valor mínimo, não devem ser levados em consideração no cálculo da renda per capita, porque não há sentido em considerar os proventos destinados à pessoa de idade como fonte de amparo ao deficiente ou outro idoso, substitutiva do dever do Estado de prestar assistência. Na prática, significa que o valor auferido pelo idoso não precisa ser dividido com os demais membros do grupo, garantindo-lhe dignidade. Esse raciocínio se impõe a partir da vigência do Estatuto do Idoso (3.10.2003).”

Tendo por base o entendimento acima, a sentença proferida fez menção as seguintes considerações, tendo em vista o caso concreto ali exposto:

“No que diz respeito à idade avançada da autora, não há qualquer dúvida. Os documentos de fl. 12 comprovam que ela nasceu em 11.05.1929, portanto, contava com 75 anos de idade na DER (01.05.2005). Segundo se infere da constatação realizada em agosto de 2006 (fl. 31-35), o grupo familiar da autora é formado por ela e pelo seu esposo. A renda mensal atual do grupo familiar é proveniente unicamente da aposentadoria de seu marido no valor de R\$ 350,00. Todavia, conforme fundamentação supra, como o esposo da autora recebe aposentadoria de valor mínimo e é idoso, deve ser excluída essa quantia do cálculo da renda familiar per capita, de tal sorte que a autora não possui renda per capita superior a ¼ do salário mínimo atual (R\$ 87,50).”

A flexibilização prevista no parágrafo único, do art. 34, do Estatuto do Idoso também foi motivos para grandes debates em âmbito doutrinário, como visto em capítulos anteriores na obra do doutrinador Ibrahim quando expôs em sua obra a seguinte ilustração fática:

“Imaginemos um casal de idosos, maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, sem qualquer fonte de renda, que morem sozinhos. Ambos poderão receber o benefício assistencial, já que para o idoso, um benefício de prestação continuada – BPC não será levado em consideração no cálculo da renda per capita. Mas o que dizer na mesma situação, agora com um idoso aposentado, recebendo um salário mínimo? Nesta situação, a renda extrapolaria o mínimo fixado na LOAS!”²¹⁸

Tendo como base o presente caso ilustrativo e a sentença acima destacada, o debate ocorrido no recurso extraordinário, observou também a existência de um grave problema na falta de isonomia na distribuição do benefício, uma vez que tal tratamento não se estende ao portador de deficiência e nem para àquela família de dois idosos onde um receba aposentadoria proveniente do regime geral da previdência social no valor de um salário mínimo. De tal modo, o Estatuto acaba priorizando uma situação em detrimento de outras.

Torna-se oportuno ressaltar o posicionamento do INSS sobre a sentença prolatada:

²¹⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 18.

“[...] a decisão recorrida ofende os artigos 2º, 44 (caput), 48 (caput) e 59, II, da Constituição Federal (princípio da legalidade, da independência entre os Poderes e da reserva legal), pois o órgão julgador, ao interpretar as Leis 8.742/93 (LOAS) e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), teria criado nova norma, invadindo, dessa forma, esfera de competência do legislador. [...] o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso determina que, no cálculo da renda per capita familiar, sejam excluídos apenas os benefícios assistenciais concedidos aos idosos pertencentes à família, não podendo o órgão judicial estender essa exceção legal a outros benefícios, tais como os de natureza previdenciárias e de assistência social. [...] a decisão atacada, ao ampliar as hipóteses de concessão do benefício assistencial, implica concessão de benefício sem correspondente fonte de custeio total, o que contraria o art. 195, § 5º, da Constituição.”

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, a questão orçamentária da previdência social deve ser levada em consideração, pois trata-se de uma questão de reserva do possível, ou seja, aquilo que se pode pagar, tendo em vista um estudo de políticas públicas aplicáveis. Segue os principais pontos do voto do Ministro a qual se faz referência:

“Na verdade o Congresso Nacional estabeleceu uma política pública; boa ou má, é uma política pública. E as políticas públicas são instituídas pelo Congresso Nacional em conjunto com o Poder Executivo, e não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário imiscuir-se nessa área, estabelecer políticas públicas. A política pública com relação ao idoso foi exatamente estabelecido por essa Lei 8.742, no seu artigo 20, § 3º [...]”

No mais, considerando a colocação do INSS do princípio da fonte de custeio previsto no art. 195, § 5º, da Constituição Federal prevendo que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total,”²¹⁹ o Min. Lewandowski se posicionou da seguinte forma:

“[...] Porque, nessa crise mundial econômica que estamos vivendo, a primeira vítima é sempre a previdência social dos países, quer sejam eles desenvolvidos, quer sejam subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. O que está ocorrendo é que realmente – e nós vemos isso no mundo todo – os benefícios previdenciários são os primeiros a serem cortados. E nós vivemos uma crise mundial que está se aproximando, lamentavelmente, do nosso país. E há um fenômeno demográfico interessante, está havendo uma mudança no perfil demográfico no sentido de que há o aumento de pessoas idosas, sobretudo nos países avançados, mais desenvolvidos economicamente e em desenvolvimento. Isso está acontecendo no Brasil também. Se nós aumentarmos ou deixarmos ao magistrado local criar, ao seu talante, um benefício previdenciário sem observar o que dispõe o artigo 195, § 5º, da Constituição, sem indicar recursos, o Brasil irá à falência, irá à bancarrota rapidamente.”

Essa questão do controle de políticas públicas realizada por meio de ações individuais tem sido, de fato, um problema no Brasil.

²¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 de nov. 2014.

O magistrado em determinadas ações acaba se substituindo ao administrador na interpretação dessas políticas públicas. De forma ilustrativa, expõe-se a seguinte situação hipotética: Em uma determinada ação na qual se pretende a concessão de um tratamento médico na importância de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a serem pagos pelo Estado, obtém-se no julgamento do mérito a procedência do pedido.

Veja-se que nesse caso ocorre uma espécie de controle jurisdicional individual em uma determinada ação, fato amplamente discutido pelos processualistas, uma vez que o Juiz estaria revestindo a própria função de administrador na implementação dessas políticas públicas, ou seja, acaba-se reconhecendo um direito sem ao menos se saber a base que dar origem a essas políticas públicas.

Assim, o problema surge a partir do momento em que o Juiz deixa de realizar a sua função e passa a trabalhar nas mesmas condições de um governante e, nessa reversão de função é provável que não se governe bem e, em consequência disso, acaba por excluir direitos de determinadas pessoas em detrimentos de outras, isso porquê a função do Juiz não é conhecer exatamente os métodos utilizados pela administração pública nesse controle de políticas públicas e, sim prestar a tutela jurisdicional sob o manto da livre convicção motivada de suas decisões.

Nem sempre os juízes adquirem conhecimento da sua verdadeira área de atuação de forma contextualizada, não tendo noção dessa questão orçamentária e por isso que defere a uma única pessoa um tratamento médico dessa proporção por intermédio de uma ação individual, ou seja, assegurando a essa pessoa um tratamento diferenciado em detrimento de tantas outras que estão em situações semelhantes e que por razões múltiplas não teve como chegar no judiciário.

Portanto, esse controle de políticas públicas pelo judiciário tem sido de fato um problema. O método para resolver tal problema poderia ocorrer por meio de um processo corretivo através de uma ação civil pública ou a necessidade de verba proveniente de um processo próprio para a tutela dessas finanças públicas.

Nesse sentido, estaríamos diante da necessidade de um novo processo em que essas questões fossem tratadas da seguinte forma: com um procedimento em que o Juiz dialogasse diretamente com a administração e não decidir invadindo a esfera de atribuições e competências da própria administração, ignorando ou afastando a questão relevantíssima da

separação de poderes. O controle jurisdicional das políticas públicas teoricamente não viola, a princípio, a separação dos poderes, mas a depender da extensão de como se aplica no contexto social poderá sim, eventualmente, afrontá-la.

Retomando na análise do julgamento, o Min. Gilmar Mendes solicita a palavra para esclarecer alguns pontos que são considerados no teor da discussão essenciais para o prosseguimento do debate:

“[...] O que nós estamos a dizer é que são tantas as incongruências produzidas no sistema, a partir de decisões do próprio Legislativo, com a fixação, por exemplo, dessas bolsas, que traçou a linha de miserabilidade, não agora, em quatro salários mínimos, mas em meio salário mínimo para muitos benefícios, esse é um dado. Essa decisão do Estatuto do Idoso – claro que soa irônico -, se nós fizermos uma interpretação, acaba soando como se fosse um privilégio, porque é o que resulta do parágrafo único do artigo 34? Que, se um dos componentes do casal recebe benefício de assistência social, aquilo será excluído para os fins do cálculo”.

É notória a grande polêmica que envolve o critério estabelecido na LOAS, uma vez que, de fato a lei traz em sua essência diversas contradições que originam desigualdades entre os beneficiários.

Nesse sentido, torna-se necessário que o legislador reveja todo o sistema, pois o BPC, diante de outras prestações estatais que trouxeram novos parâmetros para a concessão de benefícios, acabou sofrendo, de certa forma, uma relevante defasagem, não condizente com a atual realidade social.

E por outro lado, em decorrência dessas significativas desigualdades existente na lei não seria possível justificar porque o legislador em um determinado caso em que um casal de idosos, ambos possam receber LOAS, e em um outro determinado caso em que um idoso já receba benefício previdenciário na importância de um salário mínimo não possa usufruir o outro idoso do benefício da LOAS. Sem deixar de mencionar que o tratamento dispensado pelo legislador no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso não se estende também aos portadores de deficiência, priorizando, portanto, apenas os possíveis beneficiários idosos do BPC.

Supostamente, num segundo caso hipotético poderia também o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana vir a ser afrontado. Veja-se a seguinte situação ilustrativa: Imagina-se, que um beneficiário do regime geral de previdência social recebe a título de aposentadoria por invalidez um salário mínimo mensal e faça jus também ao

acréscimo dos 25% (vinte e cinco por cento) de acordo com o art. 45, da Lei nº 8.213, de julho de 1991. O que poderia ser argumentado no caso em que um idoso ou um portador de deficiência que seja beneficiário do BPC que recebe um salário mínimo mensal, não possa fazer jus ao referido acréscimo, mesmo estando os dois beneficiários em condições idênticas, ou seja, existe a prestação mensal de um salário mínimo de benefício e uma necessidade permanente para ambos os casos.

Em face de princípios constitucionais como o da isonomia e da dignidade da pessoa humana, tais diferenciações de tratamento, no primeiro momento, não se justificariam, mesmo considerando o regime de prestação diferenciado para ambos os beneficiários.

A maioria dos Ministros entenderam por declarar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, e do art. 34, parágrafo único da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, sem pronuncia de nulidade.

Por fim, discutiu-se a questão da modulação dos efeitos da decisão, alguns Ministros entenderam pela fixação de prazo ao Congresso Nacional para a edição de novas regras.

Nem todos os Ministros votaram a favor dessa fixação de prazo ao Poder Legislativo, uma vez que, em decorrências de experiências passadas em que o STF fixou prazo e este não foi cumprido, o problema voltou novamente a Corte. Para o Ministro Presidente Joaquim Barbosa “fixação de prazo ao legislador, traz conflitos entre o STF e o Poder Legislativo”. Conclusão, não se atingiu o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão e os Ministros decidiram dessa forma:

Para o RE n. 567.985/MT, de relatoria do Min. Marco Aurélio, negou-se provimento ao recurso extraordinário interposto pelo INSS, declarando a inconstitucionalidade parcial do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, sem pronuncia de nulidade, dando pela sua validade até 31 de dezembro de 2014.

Para o RE n. 580.963/PR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes negou-se provimento ao recurso declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), sem pronúncia da nulidade, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014.

Importa salientar que o § 3º, do art. 20, da Lei Orgânica de Assistência Social, mesmo sendo declarado pelo STF inconstitucional, vigará até 31 de dezembro de 2014. Segundo o Min. Gilmar Mendes “autoriza-se a aplicação da lei por um período em razão do princípio da segurança jurídica”.

5.2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A primeira parte do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça trata a respeito da composição, organização e competência do Tribunal, prevendo a existência de 3 (três) Seções especializadas de julgamento. Cada Seção é compõem-se por 2 (duas) turmas, sendo que cada turma é composta por 5 (cinco) Ministros.

Conforme o capítulo I e II do referido regimento, as Seções são divididas da seguinte forma: A Primeira Seção compõem-se por Ministros da Primeira e da Segunda Turma, cabendo-lhe processar e julgar os feitos relativos aos de direito público em geral, destacando-se, a título de exemplificação, as matérias referentes a questões administrativa, tributárias e de benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes do trabalho, dentre outros.

A Segunda Seção compõem-se por Ministros da Terceira e Quarta Turma e possui competência para processar e julgar os feitos relativos aos de direito privado em geral, como por exemplo, matérias de direito civil, comercial, trabalhista, dentre outros.

Por fim, a Terceira Seção que é composta pelos Ministros da Quinta e Sexta Turma, sendo-lhes competente para processar e julgar matérias de ordem penal em geral, salvo os casos de competência da Corte Especial e os *Habeas Corpus* de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção.

A Emenda Regimental n. 14, de 05 de dezembro de 2011, foi o ato responsável pela organização acima verificada. Ocorre que a referida emenda alterou significadamente a competência da Terceira e da Primeira Seção do STJ.

Definiu-se que a Terceira Seção, que anteriormente detinha competência para processar e julgar matérias de direito previdenciário, passaria a julgar apenas matérias de direito penal, deslocando-se a competência sobre feitos previdenciários para a Primeira Seção.

Cabe ressaltar que o art. 5º da referida emenda regimental previu ainda que não haveria redistribuição dos feitos para a Primeira Seção em decorrência das alterações ocorridas, ou seja, a Terceira Seção continuará a julgar os processos que já se encontram-se em tramitação nas suas respectivas turmas.

Essa modificação de competência acarretou, em pouco tempo, significativas alterações na jurisprudência previdenciária. Percebeu-se que a Primeira Seção terminou por caracterizar seus julgados por uma interpretação pró-fazendária.

Entretanto, ao que se prende a Lei Orgânica de Assistência Social, especificamente no aspecto renda per capita, notou-se que até o presente momento a Primeira Seção manteve o entendimento formado pela Terceira Seção que na qual é extremamente pró-beneficiário.

Com base nessas informações, o tópico a seguir tem a finalidade de realizar uma análise crítica a respeito de algumas decisões proferidas pelas Seções do STJ (Primeira e Terceira), especificamente com relação a precedentes jurisprudenciais que dizem respeito a interpretação do § 3º, do Art. 20, da Lei Orgânica da Assistência Social n. 8.742, de dezembro de 1993, dando ênfase ao ponto hermenêutico que fixou o marco inicial das possíveis interpretações divergentes das decisões proferidas pelas Turmas (Primeira e Segunda - Quinta e Sexta) de cada Seção (Primeira e Terceira) em matéria assistencial.

Portanto, apresentar-se-á nos próximos julgados significativas divergências encontradas entre as Turmas que compõem a Terceira Seção com relação à aplicabilidade da Súmula n. 7 do STJ referente ao tema renda per capita familiar para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada, notadamente, buscou-se no portal do STJ os precedentes, assim, considerados, mais importantes sobre a questão. A principal finalidade foi demonstrar os fundamentos utilizados nas decisões, bem como o marco hermenêutico sobre a divergência de interpretação da matéria encontradas entre turmas que compõem a Terceira Seção do STJ.

5.2.1 Recurso Especial n. 222.778/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, Data do Julgamento 04/11/1999, Data da Publicação 29/11/1999.²²⁰

²²⁰ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

O Juízo da Vara Única da Comarca de Piraju/SP julgou improcedente a ação ordinária ajuizada em desfavor do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Nessa ação pretendia-se a concessão da Renda Mensal Vitalícia. A parte Autora alegava encontra-se com mais de 70 (setenta) anos e que não possuía meios de prover seu própria sustento, a não ser pela baixa aposentadoria recebida pelo seu esposo.

Inconformada com a decisão, a autora interpôs apelação ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Deu-se provimento a apelação.

Posteriormente, o INSS interpôs Recurso Especial alegando violação expressa ao § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993. O recurso foi admitido na origem.

No presente caso o STJ proferiu decisão ementada nos seguintes termos:

“PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL VITALÍCIA – CF, ART. 203, V. LEI 8.742/93. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. RENDA FAMILIAR INFERIOR A $\frac{1}{4}$ DO SALÁRIO MÍNIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. 1 - Órgão responsável pela execução e manutenção dos benefícios de prestação continuada, é o INSS parte legítima para figurar no pólo passivo de ação buscando o recebimento de Renda Mensal Vitalícia. 2 – A Lei 8.742/93, Art. 20, § 3º, quis apenas definir que a renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência do idoso ou portador de deficiência; tal regra não afasta, no caso em concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado. 3 – Recurso não conhecido.”

O Min. Edson Vidigal inicia sua argumentação falando a respeito da comprovação da condição socioeconômica da parte Autora e, após, as considerações conclui pelo reconhecimento do recurso e consequentemente pela concessão do benefício, no que pede-se vênia para transcrever seu voto:

“A Autora comprovou nos autos que sua única fonte de subsistência é a aposentadoria recebida pelo seu marido, no valor de R\$ 115,00 (cento e quinze reais). A Constituição Federal, ao garantir uma renda mensal de 01 (um) salário mínimo aos portadores de deficiência e idosos que não possam prover a sua subsistência ou de tê-la por sua família, quis obviamente proteger tais pessoas, incapacitadas para o trabalho e que não podem ficar à sorte do destino. Dispondo que o benefício seria concedido “conforme dispuser a lei”, não quis o constituinte, por certo, deixar ao livre arbítrio do legislador a tarefa de fixar valor-padrão, ao qual se possa considerar como mínimo à subsistência. [...] Nada impede, entretanto, que em cada caso em concreto possa o julgador auferir essa impossibilidade financeira, como feito na hipótese, em que a recorrida e seu marido sobrevivem com apenas R\$ 115,00 (cento e quinze reais).”

Vislumbra-se no julgamento que o STJ no caso em tela adentrou no mérito refazendo a revalorização do conjunto probatório analisado pela Acórdão do TRF da 3ª Região, afastando, portanto, a aplicabilidade da Súmula n. 7 de 28.06.1990, que traz a seguinte redação: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Desta feita, considera-se que o julgamento concedeu o direito a concessão do benefício à luz da protetividade do direito assistencial, pois reafirmou a possibilidade de aferição do caráter socioeconômico por outros meios probatórios além do previsto na Lei n. 8.742 de dezembro de 1993, ou seja, no caso concreto o julgador não estaria impedido de analisar outros elementos que caracterizam a real situação financeira da família do idoso ou portador de deficiência.

5.2.2 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 418.124/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, Data do Julgamento 17/06/2002, Data da Publicação 05/08/2002.²²¹

O INSS interpôs Agravo de Instrumento para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região em decorrência da decisão que indeferiu o processamento de recurso especial fundamentado na alínea “a” do permissivo constitucional em desfavor do acórdão daquele pretório.

A decisão ainda fundamentou que para análise do recurso especial sob a argumentação do não preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício assistencial, haveria a necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, fato que é vedado em sede de recurso especial conforme determinação da Súmula n. 7 do STJ. Assim, negou-se provimento ao agravo.

Inconformado, o INSS interpõe Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 418.124/SP, sustentando que a análise do recurso especial não comportaria reexame do conjunto fático-probatório.

Torna-se relevante destacar as razões do acórdão recorrido:

“Quanto à alegação de falta de comprovação de que a autora não possui renda familiar inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo per capita, tenho-a por descabida, eis que indigitado limite não encontra fundamento de validade jurídica na Lei Maior vigente.

²²¹ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

A inconstitucional idade evidencia-se na medida em que o parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei n. 8.742/93, restringe o comando constitucional (artigo 203, V) que além de ser norma dotada de eficácia plena, lhe é hierarquicamente superior. Acode considerar, ainda, que a condição de necessitada da parte autora, emerge do próprio deferimento da gratuidade, indícios da condição de hipossuficiência.

Ao meu ver, portanto, os depoimentos testemunhais, roboram de forma lógica e firme as assertivas da inicial e, associados às provas documentais, compuseram conjunto probatório bastante à formação da convicção quanto ao fato de ser a autora pessoa com deficiência física, não tendo meios de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Portanto, comprovados os requisitos legais, necessários à concessão do benefício, estatuídos no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, faz jus a autora ao mesmo.”

O Min. Relator Fernando Gonçalves inicia sua argumentação dizendo que depreende-se do exceto que a verificação demandaria reexame do conjunto probatório, soberanamente delineado na instância ordinária e por esse motivo implicaria o provimento do recurso tendo em vista a providencia vedada pela Súmula n. 7 do STJ.

O ministro ressalta que a jurisprudência da Corte, permite que o julgador verifique a condição econômica da família do necessitado através de outros elementos probatórios, ou seja, o critério socioeconômico de ¼ do salário mínimo previsto na LOAS, não seria o único parâmetro capaz de comprovar a real condição de miserabilidade do beneficiário.

No presente caso, o Tribunal proferiu decisão ementada nos seguintes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DA RENDA MENSAL VITALÍCIA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO. VERIFICAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. 1 - A verificação do preenchimento dos requisitos do artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93, para a concessão do benefício da renda mensal vitalícia, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, demanda reexame do conjunto fático-probatório, soberanamente delineado nas instâncias ordinárias, providência vedada em sede especial, ut súmula 7/STJ. 2 – Consoante jurisprudência desta Corte, o critério estabelecido no art. 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único hábil para comprovação da condição de miserabilidade do beneficiário, para fins de concessão do benefício da renda mensal vitalícia. Com efeito, o julgador não está adstrito aos requisitos previstos naquele dispositivo legal, podendo verificar a condição econômico-financeira da família do necessitado através de outros meios de prova. 3 – Agravo regimental improvido.”

Vislumbra-se no julgamento que o STJ no presente caso aplicou a Súmula n. 7 para negar provimento ao Agravo Regimental, pois estaria o Tribunal impedido, conforme determinação da súmula, de realizar o reexame do conjunto probatório.

Observa-se, que neste caso, o STJ afasta a aplicabilidade da Súmula n. 7 para novamente interpretar a ação à luz da protetividade do direito assistencial em favor do beneficiário.

5.2.3 Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.247.746/SC. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Data do Julgamento 01/09/2011, Data da Publicação 23/09/2011.²²²

O Agravo Regimental do INSS foi interposto contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial n. 1.247.746/SC.

Conforme o Min. Relator Gilson Dipp a decisão do recurso especial fundamentou-se de acordo com os seguintes princípios e termos:

“[...] o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, o limite mínimo estabelecido no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade.”

O INSS no Agravo Regimental alega não se tratar em revolvimento de matéria fático-probatória. Aduzindo, ainda, que a decisão acima diverge com o entendimento jurisprudencial da Corte, uma vez que o artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso deveria ser interpretado de forma restrita.

No seu voto, o Min. Relator Gilson Dipp esclarece que:

“[...] o posicionamento prevalente nesta Corte Superior entende que o critério de aferição da renda mensal deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros fatores que digam respeito à situação econômico-financeira do beneficiário e que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.”

Nesse contexto, o Ministro faz referência ao julgado proferido no Recurso Especial Repetitivo n. 1.112.557/MG que assentou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do livre convencimento motivado do Juiz.

²²² O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

Menciono que o Recurso Especial Repetitivo na qual o Min. Gilson Dipp fez menção será objeto de análise em tópico posterior.

No mais, o Ministro termina seu voto afirmando que de fato o STJ firmou entendimento de que o artigo 34, parágrafo único da Lei n. 10.741, de outubro de 2003 deverá ser interpretado de forma restritiva, de modo que somente o benefício assistencial recebido por qualquer membro da família é que poderá ser excluído para fins de cálculo da renda per capita familiar.

Assim, tendo em vista a decisão de origem que considerou ter a parte autora preenchido os requisitos necessários para a concessão do BPC, pois restou comprovada sua hipossuficiência, não seria, portanto, possível a inversão do julgado, uma vez que a Súmula n. 7 proíbe expressamente a hostilização ou apreciação.

Veja-se a transcrição literal da decisão ementada pelo Tribunal:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRINCÍPIOS LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIMITE MÍNIMO. ARTIGO 20, § 3º, DA LEI Nº 8.42/93. COMPROVAÇÃO. OUTROS FATORES. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I. Assentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no princípio do livre convencimento motivado do Juiz, o limite mínimo estabelecido no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade. II. Rever o posicionamento do Tribunal de origem, no ponto em que entendeu que a parte autora teria direito ao benefício assistencial, demandaria o reexame fático-probatório, o que é inadmissível nesta instância especial. Incidência do enunciado n. 07 da Súmula desta Corte. III. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 545-B do Código de Processo Civil. IV. Agravo interno desprovido.”

O ministro finaliza seu voto expondo que “estando pacificada a tese no sentido de que o critério de aferição da renda mensal deve ser tido como um limite mínimo, reafirma-se que, mesmo se afastando a aplicabilidade, ao caso em tela, do art. 34 do Estatuto do Idoso, o estado de miserabilidade familiar restou suficientemente comprovado.”

Nesses termos, observa-se que de forma reiterada e, considerando o objeto do processo ser a prestação da concessão do BPC o posicionamento do STJ segue à luz da protetividade do direito assistencial, visivelmente demonstrada no presente processo, pois

manteve a decisão agravada na sua integralidade, aplicando a Súmula n. 7 como óbice para a análise do Agravo Regimental no Recurso Especial interposto pelo INSS.

No próximo item algumas considerações serão feitas com relação aos julgados analisados até o presente momento. Trata-se de ponderações gerais e relevantes que abrangem os três julgados avaliados.

5.2.3.1 Considerações gerais a respeito dos julgados

Nos julgados, observou-se que o STJ com relação a aplicabilidade da Súmula n. 7, avaliava, em primeiro lugar, qual parte que estava interpondo o recurso, ou seja, quando o recurso era proveniente do INSS, o STJ se pronunciava no sentido de dizer que não caberia reexame de provas, assim, aplicava a Súmula n. 7, afastando, portanto, a apreciação do recurso. Agora quando o recurso era interposto pelo requerente do benefício assistencial ou quando a decisão anteriormente prolatada era favorável, o STJ adentrava no mérito da ação e possibilitava a análise de revalorização do conjunto fático-probatório.

Parte-se da premissa que o STJ considerava veemente o objeto do processo, qual seja a concessão do amparo assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, para realizar uma interpretação à luz da protetividade do direito assistencial.

Embora tenha ocorrido certa divergência no entendimento da aplicabilidade da Súmula n. 7 no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.247.746/SC, em 1999 pela Quinta Turma e do Recurso Especial n. 222.778/SP, em 2011, também pela Quinta Turma, ambas proveniente da Terceira Seção, verificou-se que o STJ ao afastar a referida súmula no primeiro caso e aplicar a súmula no segundo caso, o fez de modo favorável ao beneficiário do BPC, ou seja, a interpretação do processo quando o objeto era a concessão do benefício assistencial se dava à luz da protetividade e finalidades do direito assistencial.

Percebe-se que o STJ de certo modo estabeleceu para o problema do critério renda per capita familiar do BPC um tratamento uniformizado, uma vez que o espaço de sensibilidade do STJ quanto ao tema nesse período de tempo foi progressivo em prol do beneficiário. Houve um trabalho de construção hermenêutica. O STJ passou a defender um papel mais efetivo nessa questão da concessão do benefício assistencial e no momento assentou sua jurisprudência, como será visto na análise do recurso especial repetitivo posteriormente.

Por fim, em decorrência da mudança de competência em matéria previdenciária da Terceira Seção para a Primeira Seção, percebeu-se que em muitos temas de direito previdenciário houve mudança de posicionamento em que a Primeira Seção terminou por caracterizar seus julgados por uma interpretação pró-fazenda previdenciária.

No entanto, ao que se prende ao LOAS nesse aspecto renda per capita familiar, percebeu-se que a Primeira Seção mantém, até a presente data, o entendimento formado pela Terceira Seção, ou seja, pró-beneficiário.

5.2.4 Recurso Especial n. 841.060/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Data do Julgamento 12/06/2007, Data da Publicação 25/06/2007.²²³

O Recurso Especial a ser analisado foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que traz a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – ART. 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PESSOA IDOSA – LEI Nº 8.742/93, ART. 20, § 3º - NECESSIDADE – REQUISITO NÃO PREENCHIDO. I – A decisão proferida pelo Plenário do STF nos autos da Reclamação nº 2303-6/RS, e publicada no DJ de 01/04/05, configura interpretação autêntica da decisão antes proferida na ADI nº 1232/DF. II – Restando comprovado que a renda per capita familiar do autor é superior a ¼ do salário mínimo, é de ser julgado improcedente o pedido. III – Apelação improvida. Sentença mantida.”

Em contrarrazões a recorrente afirma ter preenchido todos os requisitos estabelecidos no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993 e do art. 34 da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, bem como do entendimento jurisprudencial formado pelo STJ.

A ministra começa seu voto falando a respeito da previsão legal do benefício assistencial no art. 203, inc. V, da Constituição Federal e no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993.

Ainda faz menção ao art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003 que com relação ao critério de aferição de miserabilidade dispôs que não será levado em consideração o BPC recebido por qualquer membro da família do idoso que pretende a concessão do benefício assistencial.

²²³ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

A Quinta Turma do STJ já havia firmado entendimento a respeito do assunto, de modo que o dispositivo deveria ser interpretado restritivamente, ou seja, outros benefícios que não fossem o BPC deveriam entrar no cálculo da renda per capita familiar para fins de aferição da condição de miserabilidade do idoso requerente.

Com relação ao parâmetro estabelecido na LOAS, o posicionamento prevalente do STJ é no sentido de ser o critério legal apenas um limite mínimo, um quantum, considerado no momento da aferição desse caráter de miserabilidade, no entanto, não estaria o julgador diante do caso concreto, impedido de utilizar outros fatores que indiquem a real situação econômico-financeira do possível beneficiário do BPC, sendo que esses outros elementos, devem ter o condão de comprovar a condição de hipossuficiência da parte e de sua família.

A ministra, prossegue seu voto esclarecendo algumas discursões que envolveram o critério renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo no STF, como a ADI n. 1.232-1/DF e algumas reclamações julgadas procedentes e outras improcedentes, dentre outras questão que não foram capazes de pôr termo a controversa na Suprema Corte.

Cabe destacar que essas discursões já foram levantadas em momento oportuno quando se falou a respeito do posicionamento do STF.

Por fim, a ministra diante do posicionamento atual do STF em entender que o critério renda per capita sofreu uma defasagem tendo em vista outros benefícios que trouxeram novos parâmetros de aferição para a condição de miserabilidade, proferiu a seguinte decisão:

“Diante do novo posicionamento adotado por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, corroborando com o entendimento firmado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, somados ao caráter social do benefício de prestação continuada, não se pode adotar outra solução ao presente caso senão a de que admite a pluralidade de formas de aferição da miserabilidade de quem pretende o benefício assistencial. Registra-se que este raciocínio não torna inócuo o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, o qual permanece como limite mínimo, o qual, uma vez verificado, dispensa a produção de provas sobre a condição de miserável de quem requer o benefício. No caso ora analisado, o autor tem 72 anos, sofre de hipertensão, faz uso de medicamentos que não consegue no posto de saúde e sobrevive com o auxílio-doença da esposa, cujo valor é de um salário mínimo. Todas estas circunstâncias levam a crer que o recorrente faz jus ao benefício de prestação continuada. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para conceder ao autor, a partir da citação, o benefício de prestação continuada. Fixo os honorários [...]”

Veja-se que a decisão desse recurso continuou a manter característica protetiva firmada pela Terceira Seção, conforme pode-se concluir, também, pela ementa do julgado analisado:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1 – O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar. 2 – O art. 34 da Lei nº. 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal. 3 – A Terceira Seção desse Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família. 4 – Recurso especial a que se dá provimento.”

Importante destacar algumas considerações a respeito da construção hermenêutica formada pela Terceira Seção que acabou por caracterizar em seus julgados uma maior protetividade para os destinatários do direito assistencial através do poder de argumentação construído pela Ministra ora Relatora desse recurso.

Assim, a jurisprudência que acabou prevalecendo na Terceira Seção foi a da ampla proteção do beneficiário do amparo assistencial, essa protetividade teve-se pela entrada da Min. Maria Thereza de Assis Moura.

A ministra embora fosse uma grande penalista, nesse período de competência previdenciária da Terceira Seção, ela era uma das ministras mais atuantes no tema e que sempre levava uma proposta de voto favorável ao beneficiário.

O poder de argumentação era muito interessante, ela terminava por conseguir fazer prevalecer seu posicionamento pelo convencimento ideológico de argumentação. Assim, a terceira Seção acabou tendo uma jurisprudência que fundou-se mais protetiva, favorável tanto para o beneficiário da previdência quanto ao beneficiário da assistência.

5.2.5 Recurso Especial n. 1.112.557/MG. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Data do Julgamento 28/10/2009, Data da Publicação 20/11/2009.²²⁴

O presente recurso especial foi interposto pela parte autora com o propósito de reformar o Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sendo, assim, ementado:

“CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE PARCIAL PARA O TRABALHO. RENDA PER CAPITA FAMILIAR SUPERIOR AO LIMITE CONSTITUCIONAL DE ¼ DO SALÁRIO-MÍNIMO. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PERICIAIS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. REMESSA OFICIAL. ART. 475, § 2º, DO CPC. 1 – Remessa oficial não conhecida por se tratar de sentença não sujeita ao reexame necessário (art. 475, § 2º, do CPC). 2 – O benefício de prestação continuada para a pessoa portadora de deficiência, consoante disciplina o art. 20 da Lei 8.742/93, condiciona-se à demonstração de deficiência, da incapacidade dela resultante e o requisito econômico. 3 – Infere-se que para fazer jus ao benefício, a requerente, além do requisito subjetivo (ser deficiente ou idoso), deve possuir renda insuficiente para o seu próprio sustento ou não possuir meios de obter a manutenção por parte de seus familiares. 4 – Requisito econômico não demonstrado (art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93), ante a ausência de elementos a comprovar a vulnerabilidade social para a concessão do benefício. 5 – Condenação da autora em custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, suspensa a exigibilidade em atenção ao disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, por litigarem sob o pálio da justiça gratuita. 6 – Apelação do INSS provida (fl.182)”

Nos fundamentos do recurso o recorrente alega que a decisão manifestada no acórdão diverge da jurisprudência dominante no STJ, uma vez que a Corte já havia se manifestado entendendo que o parâmetro fixado no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, não seria o único critério a ser observado pelo Juiz no momento de aferir a real situação socioeconômica da família do idoso ou do portador de deficiência, portanto, o parâmetro objetivo fixado na lei não seria óbice para a concessão do benefício assistencial.

Aduz ainda a recorrente que “tal dispositivo quis apenas definir que a renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência. Tal regra, contudo, não afasta, no caso concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade”

²²⁴ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

Após a admissão do recurso especial na origem como representativo de controvérsia e a submissão dos autos à Terceira Seção, membro do Ministério Público Federal foi intimado para opinar sobre o recurso especial ora em cotejo. O Dr. Ivaldo Olímpio de Lima manifesta-se favorável ao provimento do recurso, conforme ementa do parecer transcrita:

“Recurso Especial pela alínea ‘c’. Divergência notória. Desnecessidade de cotejo analítico. Interpretação do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93. Limite de ¼ do salário-mínimo por membro da família. Limite mínimo. Possibilidade de comprovação da condição de risco social por outros meios. Precedentes do STJ. Art. 4º, inciso I da Lei 8.724/93. Princípio da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica.”

O relatório do recurso especial se limitou nessas disposições abordadas e, na sequência tratar-se-á dos fundamentos do voto do Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

Primeiramente, o Ministro introduz seu voto dando ênfase as disposições constitucionais e infraconstitucionais que permeiam a normatividade do benefício assistencial, como o art. 203, *caput*, inc. V, da Constituição Federal de 1988 e art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993.

Após essas considerações, o Relator esclarece que a controvérsia apresentada no incidente de Uniformização de Jurisprudência trata exatamente do critério socioeconômico estabelecido na norma infraconstitucional que consiste na renda mensal per capita igual ou inferior a ¼ do salário mínimo.

Ainda refere-se a ADI n. 1.232-1/DF julgada em 01.06.2001 pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. No julgamento dessa ação, declarou-se, por maioria de votos, a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993.

Porém, afirma o Ministro que “diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, entendo que esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente o cidadão social e economicamente vulnerável.”

Nesse contexto, a limitação imposta pelo legislador não deve ser considerado o único meio capaz de comprovar que a família do idoso ou do portador de deficiência encontram-se em estado de hipossuficiência, pois trata-se apenas de um elemento objetivo capaz de aferir tal necessidade. Dessa forma, o Ministro pondera que “presume-se

absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo”.

Por outro lado, deve-se observar que no âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, conforme, assim prevê o art. 131, do Código de Processo Civil, e não um sistema legal tarifado de provas. É por esse motivo que a limitação imposta pelo legislador do valor renda familiar per capita de ¼ do salário mínimo, não deverá ser tido como o único meio de prova capaz de caracterizar a miserabilidade do beneficiário, tendo em vista que não se pode também determinar que o Magistrado se vincule a específico elemento probatório trago pela lei, pois poderia ocorrer, neste caso, cerceamento do seu direito de julgar.

Destarte, o STJ, diante de toda essa polêmica envolvendo o critério estabelecido na LOAS, acabou por pacificar seu posicionamento no julgamento do Resp. 841.060/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Data do Julgamento 12.06.2007, Data da Publicação 25.06.2007,²²⁵ passando a prever que:

“[...] o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º, do art. 20, da Lei 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.”

No mais, faz menção a outras decisões que acabaram por acompanhar o entendimento acima pacificado, como cita o Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 824.817/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 11.12.2006.²²⁶

Perícia socioeconômica realizada na residência da família da autora concluiu que a renda mensal do grupo familiar perfaz na importância de 400,00 (quatrocentos reais) proveniente da atividade laborativa do seu pai como auxiliar de mecânica. O grupo familiar é composto por 4 (quatro) pessoas, o que a princípio, supera o critério estabelecido no § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993. Na perícia médica constatou-se que a autora era portadora de doença que lhe impede de realizar atividades laborativas de forma total e permanentemente.

²²⁵ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

²²⁶ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

Torna-se relevante destacar parte da sentença do Juiz de primeiro grau ao julgar procedente o pedido, reconhecendo o direito da parte autora em receber o benefício assistencial:

“[...] ficou constatado através do laudo pericial de fl. 91/92 que a requerente é portadora de doença congênita (intrútero), o que a torna incapaz total e permanentemente para a vida laborativa e independentemente (conforme resposta ao quesito ‘a’ de fls. 70). Quanto ao requisito pertinente à carência financeira, ficou constatado no estudo socioeconômico de fls. 85/86 que a composição familiar da requerente conta com quatro pessoas (juntamente com ela), ressaltando que somente o seu pai desempenha atividade laborativa como auxiliar de mecânica, percebendo a quantia mensal de R\$ 400,00 (quatrocentos reais). Apesar de conter no estudo socioeconômico a afirmação de que a situação financeira da requerente e de sua família é estável, este Parquet Federal não vislumbrou o caso da mesma maneira. É evidente que a requerente apresenta uma condição financeira precária, já que todo o grupo familiar encontra-se sobrevivendo apenas com uma renda de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), ou sejam correspondente a R\$ 100,00 (cem reais), não se podendo conceber que tal situação demonstra estabilidade financeira, conforme entendeu a assistente social [...]”

O TRF da 1ª região reformou essa sentença, afastando a possibilidade de concessão do BPC, fundamentando sua decisão na afronta literal do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, ou seja, a renda familiar per capita era superior ao limite estabelecido.

Diante do exposto, o STJ deu provimento ao Recurso Especial, determinando o restabelecimento da sentença que julgou procedente o pedido da autora, uma vez que ficou comprovado nos autos o estado de miserabilidade da requerente por outros meios probatórios.

Veja-se que o STJ reiteradamente aplicar o entendimento pacificado na Corte há muitos anos, ou seja, a possibilidade do Juiz no caso concreto aferir a condição socioeconômica do núcleo familiar por outros elementos probatórios que vão além do parâmetro estabelecido na LOAS, elementos estes que são capazes de aferir a real situação econômica daquele que pretende a concessão do BPC.

Pode-se concluir que o ponto culminante da matéria no STJ se deu com o julgamento desse recurso especial repetitivo.

No Brasil tem-se o chamado princípio do livre convencimento motivado do Juiz, questão levantada no voto do Min. Napoleão Nunes, quando se referiu a sentença de precedência prolatada pelo Juiz de primeiro grau onde foi determinado a concessão do BPC mesmo não estando o requerente cumprido objetivamente o previsto na LOAS.

Assim, de forma não aprofundada será abordado no trabalho alguns questionamentos a respeito do tema.

No Brasil, não de forma absoluta, o que define o direito são as jurisprudências das cortes superiores. Como dito, isso não é absoluto, uma vez que nem sempre os Tribunais aplicam essas jurisprudências.

No caso em tela, a parte autora teve que recorrer até o STJ para conseguir o reconhecimento de um direito já pacificado, ou seja, se as instâncias ordinárias aplicassem o entendimento que encontra-se pacífico a parte não demoraria tanto para ver seu direito sendo reconhecido.

Assim, se o contato com o cidadão com seu direito fosse interpretado à luz da jurisprudência já se reconheceria nas instâncias ordinárias, evitando que a parte permaneça por longos anos na espera de um direito.

Quando o processo cai em um Juiz que aplica o entendimento dos Tribunais superiores o acesso a esse direito se torna imediato, porém quando o processo é distribuído para um Juiz que não aplica o entendimento das cortes superiores, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, o contato com o exercício do direito só ocorrerá em instâncias mais tarde.

Esse tipo de tratamento, em nome do livre convencimento do magistrado, acaba por caracterizar uma certa desigualdade, pois na primeira ocasião hipotética, entrou-se em contato imediatamente com o direito em detrimento de tantas outras pessoas que muitas vezes tem que aguardar sucessões de recursos até que instâncias superiores efetivamente apliquem aquele entendimento já pacificado.

De fato, no Brasil tem-se o livre convencimento motivado do Juiz, ou seja, a possibilidade do magistrado formar seu próprio entendimento, pois o Juiz efetivamente interpreta a lei pelo chamado sistema romano-germânico. O sistema adotado pelo Brasil difere do adotado por alguns países, como daqueles que adotam o sistema de direito chamado de “Common Law”, ou seja, aquele sistema em que não existe norma codificada, as cortes superiores realizam, por exemplo, a interpretação dos costumes e os juízes aplicam essa orientação, de modo a garantir um tratamento mais homogêneo.

Para muitos processualistas, o problema surge a partir do momento em que se consente ao magistrado uma interpretação livre e individualizada. Se cada Juiz for interpretar a lei, cada um interpretará trazendo um resultado próprio, fruto dessa possibilidade de interpretação adotada no país em decorrência do princípio do livre convencimento motivado do Juiz.

Há uma necessidade de implementar no Brasil de uma justiça de precedentes, de forma a proibir que o Juiz de primeiro grau atue no processo como se fosse uma novidade isolada, passando a aplicar o entendimento já pacificado em cortes superiores, não existindo, portanto um posicionamento subjetivo inovador, devendo agir então, como integrante de um sistema jurídico muito maior e, por ser um sistema integrado de interpretação o cumprimento passa a ser fundamental para a manutenção saldável do sistema.

A lei deve ser igual para todos. Observa-se que o momento dessa igualdade surge a partir do momento em que ela é aplicada ou interpretada. A interpretação na verdade é que pode de fato assegurar o tratamento equânime e, se cada Juiz decidir de forma inovadora, esse ideal de igualdade e isonomia não irá se concretizar.

Afirma-se que a função do STJ é uniformizar a jurisprudência. Na verdade a função do STJ seria o de assegurar um tratamento igualitário por meio dessa uniformização. A uniformização de jurisprudência seria um instrumento, mas a finalidade efetiva é a de permitir um tratamento igualitário.

O poder judiciário estar agindo em prol de metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, levando os julgadores a cometeram graves erros, uma vez que inúmeros processos estão sendo julgados sem a estrutura necessária, ou seja, o judiciário não está atuando dentro de uma realidade adequada.

Por permanecer o judiciário agindo em prol de metas estabelecidas pelo CNJ, existe grande resistência na implementação do modelo de justiça de precedentes no Brasil.

5.2.6 Recurso Especial n. 1.226.027/PR. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data do Julgamento 27/06/2014, Data da Publicação 05/08/2014.²²⁷

O presente recurso especial foi interposto pelo INSS contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

“MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CÔNJUGE QUE GOZA DE APOSENTADORIA DE VALOR MÍNIMO. Para fins de composição da renda mensal familiar não pode ser computada a renda mensal percebida pelo esposo idoso da impetrante correspondente a um salário mínimo (Aplicação por analogia do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003).”

O Tribunal observou que se tratava de aposentadoria no valor de um salário mínimo e por este motivo entendeu por aplicar o dispositivo previsto no art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003 de forma análoga em favor da parte autora, de modo a excluir do cálculo da renda per capita familiar o salário mínimo recebido pelo seu marido a título de aposentadoria.

Inicialmente, inconformado, o INSS opôs embargos de declaração alegando existir omissão no acórdão recorrido e violação aos arts. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, e 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, por não ter o valor da aposentadoria do marido da parte autora sido incluído no cálculo da renda per capita familiar para fins de aferição do requisito objetivo previsto na lei imprescindível para a concessão do BPC, assim deveria o pedido de ser julgado improcedente, uma vez que não atendeu o requisito da lei.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Dessa forma, interpôs recurso especial requerendo a cassação do acórdão recorrido e a denegação da segurança.

O Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado pelo TJ/SP) proferiu decisão singular dando provimento parcial ao recurso especial e determinou “o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, fosse incluído o valor do benefício auferido pelo marido no cômputo da renda per capita familiar, analise, como entender de direito, a condição ou não, de hipossuficiência.”

²²⁷ O relato deste processo foi extraído do respectivo acórdão.

Ainda conforme relatório, consta que a recorrida, interpôs agravo regimental, que foi desprovido, seguidos de embargos de declaração que fora rejeitado.

Na sequência, apresentou recurso extraordinário, postulando a reforma do julgamento do recurso especial, para manter afastada a “aposentadoria do cônjuge da recorrida na apuração da renda mensal familiar, para fins de concessão do benefício assistencial.”

Após o oferecimento das contrarrazões, a Vice-presidência do STF sobrestou o recurso extraordinário, tendo em vista haver repercussão geral sobre o tema no recurso extraordinário n. 580.963/PR.

Com o julgamento do recurso extraordinário n. 580.963/PR os autos voltaram para o STF para foram encaminhados ao Ministro Relator Sebastião Reis Júnior para voto, conforme prevê o art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil: “Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.”

O Min. Relator Sebastião Reis no seu voto diz que o STF declarou a inconstitucionalidade, por omissão parcial, sem declarar a nulidade do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003.

Anteriormente, quando tratou-se a respeito do posicionamento do STF, o Recurso Extraordinário n. 567.985/MT e o Recurso Extraordinário n. 580.963/PR foram devidamente analisados conjuntamente.

Com relação ao Recurso Extraordinário n. 580.963/PR, verificou-se que o STF concluiu que aposentadoria correspondente a um salário mínimo percebida por idoso que integra o núcleo familiar não seria incluído no cálculo da renda per capita, para fins de aferição da condição de miserabilidade e, por isso, declarou a inconstitucionalidade, por omissão parcial, sem declarar a nulidade do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003.

Nesse contexto, o Min. Sebastião Reis, em juízo de retração negou provimento ao recurso especial. Veja-se que o ministro nesse julgamento termina por aplicar o entendimento compatível com a decisão do STF.

No próximo tópico, tratar-se-á da proposta de modulação sugerida no dia do julgamento dos recursos extraordinários, a finalidade é saber até que ponto a decisão do STF vincularia as instâncias inferiores e quais são os possíveis efeitos.

5.2.6.1 Quanto aos efeitos da decisão

Inicialmente, cumpre lembrar que, para ambos os recursos extraordinário declarou-se a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, tanto para o art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, quanto para o art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, porém as regras estarão vigentes até 31 de dezembro de 2014.

Para o Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, declarou-se a inconstitucionalidade parcial do § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, de forma que a lei não é totalmente inconstitucional e, sim parte dela, ou seja, apenas o dispositivo que trata a respeito do critério renda per capita familiar de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, pois como visto esse parâmetro acarretou variadas incoerências no sistema de prestações assistenciais, seja pelo fato da impossibilidade de aferir a renda familiar per capita apenas pelo critério objetivo estabelecido, como pelo fato do próprio legislador, posteriormente, ter instituído novos parâmetros para a concessão de outros benefícios governamentais, como o bolsa família que prevê $\frac{1}{2}$ salário mínimo como critério de aferição da miserabilidade.

Para o Recurso Extraordinário n. 580.963/PR, declarou-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, uma vez que, o referido dispositivo acabou por contemplar exclusivamente o idoso que recebe LOAS. Hipoteticamente seria o seguinte: Em uma família composta por dois idosos, um deles já receba benefício assistencial da LOAS, neste caso o outro poderá requerer o BPC sem que a renda entre no cálculo para fins de aferição da condição de miserabilidade da família. Por outro lado, em uma mesma situação, família de dois idosos, onde um deles receba do regime previdenciário uma aposentadoria no valor de um salário mínimo, o outro não terá direito de receber o BPC, pois o valor da renda per capita familiar terá ultrapassado ao teto de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo previsto na LOAS.

Mesmo sendo os benéficos provenientes de regimes diferentes, fica nítida a incoerência da lei, pois, a princípio, tratou diferentemente duas famílias que encontram-se com a mesma situação econômica. Tratando-se portanto, do típico caso de violação do

princípio da isonomia, pois essencialmente não se vislumbra motivos concretos para o tratamento diferenciado dispensado, dessa forma, houve omissão do legislador nesse ponto também.

Assim, com o objetivo de afastar as omissões legislativas, declarou-se a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade para o presente caso.

O princípio da isonomia pode ser visto sob dois aspectos, tanto pela exigência de tratamento igualitário, quanto pela proibição de tratamento discriminatório. Sua afronta acarreta o chamado “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, pois concede benefícios mais vantajosos para determinadas pessoas sem, no entanto, contemplar outros grupos que estão em condições iguais.²²⁸

Tendo em vista essas questões, o Ministro Gilmar Mendes sugeriu que fosse realizado nova votação quanto à modulação de efeitos da decisão.

Várias foram as sugestões, como a do próprio Min. Gilmar Mendes que sugeriu a “fixação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria, mantendo a validade das regras atuais até 31.12.2015.”

Entretanto, nem todos os ministros concordaram com a fixação de prazo ao Congresso Nacional, como a manifestação do Min. Joaquim Barbosa, que não achou coerente estabelecer prazo, uma vez que nem sempre ocorre o cumprimento e na maioria das vezes a problemática volta ao STF novamente, sem mencionar a questão da credibilidade entres os poderes.

Para que a modulação dos efeitos ocorresse seria necessário o quórum de 2\3 dos votos dos Ministros, porém esse quórum não foi atingido.

O Min. Teori Lavascki expôs algumas considerações a respeito do assunto que tornou-se relevante para o desfecho dessa questão da modulação dos efeitos da decisão:

“Entendo que, nesse caso específico, se o Tribunal está afirmando que a lei vai continuar em vigor e que o legislador terá que suprir omissões, não vejo, razões nenhuma para estabelecer prazo de modulação. Decorre da própria natureza da

²²⁸ Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de controle abstrato da omissão.** Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>>. Acesso em: 25 set. 2014. p. 05.

decisão que o legislador terá que legislar. Só teria sentido fixar um prazo se houvesse um consequência pelo seu descumprimento.”²²⁹

Nesse caso, portanto, tratando-se de omissão do legislador, não haveria razões para estabelecer prazo de modulação, pois decorreria da própria natureza da decisão essa obrigatoriedade de legislar, devendo, o STF apenas informar ao Poder Legislativo a decisão prolatada, para que o poder legislativo providencie as medidas cabíveis e, mesmo que fosse estabelecido prazo, o Congresso Nacional poderia não cumprir e nesse caso o STF não poderia puni-lo.

Assim, em razão do princípio da segurança jurídica os dispositivos foram declarados inconstitucionais, mas foi autorizado a vigência dos dispositivos até 31.12.2014, ou seja, por um período as regras inconstitucionais poderão ser aplicadas.

Na lição de Gilmar Mendes, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade provocará ao menos 3 (três) consequências, quais sejam, “i) dever de legislar; ii) suspensão de aplicação da lei inconstitucional; iii) eventual aplicação da lei inconstitucional”²³⁰, assim, no caso do julgamento dos recursos extraordinários houve declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade dos dispositivos, assim, as regras encontram-se em vigor até 31.12.2014, ficando implícito o dever do legislador em elaborar novas regras.

Caso os dispositivos fossem declarados inconstitucionais e ponto, os Ministros entenderam que a situação ficaria mais grave ainda, por isso, ultimaram a técnica de declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, vigendo as regras até 31.12.2014.

Dessa forma, não foi declarada a nulidade dos dispositivos com o objetivo de que nesse período, de forma voluntária, o Congresso Nacional aprove uma nova lei que passe a definir melhor os critérios de aferição de miserabilidade para fins de concessão do benefício e, caso essa lei não venha a ser editada, o problema provavelmente voltará para o STF posteriormente.

²²⁹ Recurso Extraordinário n. 580.963. **Supremo Tribunal Federal**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 18/04/2013, Data da Publicação 14/11/2013.

²³⁰ Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de controle abstrato da omissão**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>>. Acesso em: 25 set. 2014. p. 11.

Por se tratar de julgamento de recurso extraordinário, os efeitos da decisão não vinculam a administração pública, ou seja, não irá vincular as instâncias inferiores, pois os efeitos da decisão envolver apenas as partes do processo, ou seja, os efeitos são “inter partes”, sendo assim, na prática a situação continuará da mesma forma, ou seja, os Juízes das instâncias inferiores continuarão prolatando decisões divergentes a respeito do tema, pois, como mencionado, rege-se no Poder Judiciário o princípio da livre convicção motivada do Juiz e, este não estará também adstrito a utilizar apenas o critério legal previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, de forma que a interpretação continuará sendo aferida, no caso concreto, por outros elementos capazes de comprovar a real situação econômica da família do possível beneficiário do BPC, persistindo, assim, a problemática até que o Congresso Nacional edite novas regras a respeito do tema.

CONCLUSÃO

A Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, que dispõe sobre a assistencial social surge no ordenamento jurídico para regulamentar o preceito constitucional previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, onde determina-se a garantia de um salário mínimo mensal ao idoso ou portador de deficiência que comprovarem, na forma da lei, não possuir renda per capita familiar superior a um quarto do salário mínimo.

O principal objetivo desse trabalho monográfico foi analisar o tratamento jurisprudencial dispensado ao parâmetro renda per capita familiar de um quarto do salário mínimo, assim, previsto no art. 20, § 3º, da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS.

A aplicabilidade do referido critério econômico-financeiro é uma prática reiterada de uso exclusivo do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS em âmbito administrativo. Por esse motivo, diversos requerimentos eram indeferidos sob o fundamento de que não havia o perfeito enquadramento do requisito legal, ou seja, mesmo se a renda ultrapassasse uma pequena diferença da renda bruta familiar prevista na norma, já era motivo suficiente para o indeferimento de plano do requerimento administrativo.

O BPC é revertido sobre o manto do princípio da dignidade da pessoa humana e, quando negado pela simples constatação de que a renda per capita familiar ficou um pouco superior ao previsto na lei, acabaria por privar o direito dos possíveis beneficiários do amparo assistencial, uma vez que deixou a administração de considerar outros elementos caracterizadores da real situação de pobreza, como gastos com medicamentos não fornecidos pela rede de assistência médica, alimentação diferenciada tendo em vista o estado de saúde avançado, dentre outros cuidados. Na verdade a lei não tem a dádiva de transformar pessoas incapacitadas em não incapacitadas.

À luz dessas considerações, cumpriu-se observar o que os Tribunais têm decidido a respeito dos aspectos que permeiam o critério objetivo previsto na LOAS, especificamente limitou-se o trabalho na análise dos posicionamentos construídos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça respectivamente.

No primeiro momento, o STF no julgamento da ADI n. 1.232-1/DF, entendeu que o critério previsto no art. 20, § 3º da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993 era constitucional, porém não descartou a possibilidade de no caso concreto o julgador utilizar

outros elementos capazes de comprovar a real situação de miserabilidade econômica dos possíveis titulares do BPC.

Por esse motivo, os julgadores passaram a utilizar outros critérios subjetivos em face do caso concreto com a finalidade de alcançar um tratamento mais justo em determinadas ações que versavam sobre a concessão do BPC, fundamentando, em regra, suas decisões com base em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia. O interprete da lei não podia se omitir a realidade social ali existente.

Posteriormente, considerando outros programas assistenciais que estabeleceram novos critérios considerados mais favoráveis na constatação do estado de miserabilidade, o STF no julgamento da Reclamação n. 4374/PE possibilitou novamente que diante do caso concreto era plenamente possível que o julgador se utilizasse de outros indicativos probatórios que vão além do critério objetivo previsto na LOAS, como forma de comprovar a real situação de penúria dos destinatários do benefício assistencial.

Por outro lado, também foi possível identificar no STF decisões que foram desfavoráveis ao beneficiário, como no julgamento da Reclamação n. 4.427-1/RS, uma vez que por unanimidade inadmitiram a possibilidade de concessão do BPC, pois nesse caso concreto, a parte não havia cumprido o requisito de um quarto do salário mínimo.

Veja-se que se estabeleceu no STF uma certa incoerência nas suas decisões, ora a reclamação interposta pelo INSS era julgado improcedente e em outros casos julgava-se pela procedente, porém, pode-se concluir que pelas análises das reclamações estudadas a maioria delas eram julgadas improcedente, causando, assim, o esvaziamento da declaração de constitucionalidade prolatada na ADI n. 1.232-1/DF.

Dessa forma, como a polêmica parecia nunca ter fim, a questão voltou novamente ao STF e dessa vez por meio da interposição de recursos extraordinários, julgados pelo pleno do Tribunal em seção conjunta entre os dias 17 e 18 de abril de 2013.

No julgamento, o INSS alegou afronta a princípios constitucionais como o da legalidade, da independência entre os poderes e da reserva do possível, uma vez que o parágrafo único, do art. 34, do estatuto do idoso havia sido interpretado de forma extensiva para beneficiar uma família de dois idosos onde um deles já recebia aposentadoria proveniente do regime geral no valor de um salário mínimo. Nesse caso, a regra seria o indeferimento,

uma vez que a renda da aposentadoria seria incluído no cálculo para aferição da renda per capita familiar e, assim, o outro idoso não iria ter o direito de receber o BPC. Esse fato, foi uma outra implicação verificada na Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, pois trata-se do típico caso de violação do princípio da isonomia, já que essencialmente não se vislumbra motivos concretos para o tratamento diferenciado dispensado para duas famílias, que em tese, possuem a mesma condição econômico-financeira.

Embora existam problemas referentes a questões de políticas públicas e orçamentárias para a concessão do BPC, o controle dessas políticas públicas tem sido de fato um problema, mas a solução estaria em um processo corretivo através de uma ação civil pública ou a necessidade de verba proveniente de um processo próprio para a tutela das finanças públicas. Na verdade essas limitações não podem privar ao hipossuficiente de buscar meios de sobrevivência digna, seja por meio do BPC como através de outras prestações sociais.

Por fim, verifica-se que no STF o tratamento dispensado ao tema sofreu diversas alterações e no julgamento dos recursos extraordinários decidiu-se da seguinte forma: Para o RE n. 567.985/MT de relatoria do Min. Marco Aurélio, negou-se provimento ao recurso extraordinário interposto pelo INSS, declarando a inconstitucionalidade parcial do § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, sem pronúncia de nulidade, dando pela sua validade até 31 de dezembro de 2014. Por outro lado, para o RE n. 580.963/PR de relatoria do Min. Gilmar Mendes negou-se provimento ao recurso declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34 da Lei n. 10.741, de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), sem pronúncia da nulidade, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014.

Veja-se que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, bem como do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741, de outubro de 2003, sem no entanto, pronunciar a nulidade dos dispositivos, ou seja, a norma inconstitucional vigera até 31 de dezembro de 2014. Como trata-se de decisão proferida em âmbito de recurso extraordinário os efeitos são “inter parte”, assim, os Tribunais inferiores não estão vinculados a seguirem o posicionamento do STF. Como tratou-se de uma omissão do legislador em estabelecer um novo critério econômico frente a nova realidade social e na afronta ao tratamento isonômico, ficou implícito que o legislador têm o dever de editar novas

regras e, caso este não venha a cumprir, provavelmente o problema retornará posteriormente ao STF.

No âmbito das decisões do Superior Tribunal de Justiça verificou-se que a Terceira Seção que anteriormente detinha competência para julgar os feitos relativos ao direito previdenciário e, inclusive os de natureza assistenciais acabou por estabelecer um posicionamento favorável aos beneficiários da assistencial social, ou seja, um posicionamento sempre no sentido de proteger o hipossuficiente.

Foi constatado também que, após a transferência de competência das matérias de direito previdenciários e assistenciais para a Primeira Seção que é extremamente pró-fazendária, ocorreram significativas mudanças em matéria de direito previdenciária, porém ao que se prende ao LOAS, especificamente no aspecto renda per capita familiar de um quarto do salário mínimo, notou-se que até o presente momento a Primeira Seção mantém o entendimento formado pela Terceira Seção que na qual é extremamente pró-beneficiário.

O STJ nos seus julgados até o presente momento mantém o posicionamento à luz da protetividade do direito assistencial, ou seja, para a Corte o entendimento que ficou pacificado foi pela possibilidade do Juiz no caso concreto aferir a condição socioeconômica do núcleo familiar por outros elementos probatórios que vão além do parâmetro estabelecido na LOAS, elementos estes que são capazes de conferir a real situação econômica daquele que pretende a concessão do BPC.

Avaliou-se também, não apenas pelos julgados analisados neste trabalho, mas de forma ampla, que os possíveis titulares do benefício assistencial são os mais prejudicados com relação a essas divergências de entendimentos estabelecidos por juízes de instâncias inferiores, uma vez que em alguns casos, notou-se que a pretensão de determinada parte se resolve logo em primeira instância, ou seja, o direito é prestado imediatamente, mas em outros casos a parte espera longos anos, em decorrência dos sucessivos recursos interpostos, para ver concretizado o seu direito ao benefício assistencial, apenas em uma instância superior.

Em decorrência das grandes divergências oriundas de Tribunais inferiores com relação ao entendimento pacificado das Cortes Superiores, há uma necessidade de implementar no Brasil uma justiça de precedentes proibindo o Juiz de primeiro grau atuar no

processo como se fosse uma novidade isolada, passando a aplicar o entendimento já pacificado em cortes superiores, não existindo, portanto um posicionamento subjetivo inovador, devendo agir então, como integrante de um sistema jurídico muito maior e, por ser um sistema integrado de interpretação o cumprimento passa a ser fundamental para a manutenção saldável do sistema.

A lei deve ser igual para todos. Nota-se que o momento dessa igualdade surge a partir do momento em que ela é aplicada ou interpretada. A interpretação na verdade é que pode de fato assegurar o tratamento equânime e se cada Juiz decidir de uma forma diferente, esse ideal de igualdade e isonomia não irá se concretizar.

Assim, tendo em vista objetivos maiores previsto na ordem constitucional, deve-se, com em primeiro lugar, priorizar a natureza da prestação assistencial concedida, bem como as pessoas a qual se destina o amparo assistencial, possibilitando que essas pessoas adquiram o mínimo de vida digna.

No presente trabalho, pretendeu-se demonstrar os principais tratamentos dispensado ao tema tão polêmico, renda per capita familiar igual ou inferior a um quarto do salário mínimo e suas respectivas implicações verificadas em precedentes jurisprudenciais.

Por fim, tratando-se das análises dos julgados provenientes do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que:

1 Embora tenha o STF no julgamento da ADI n. 1.232-1/DF declarado ser constitucional o art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de dezembro de 1993, posteriormente, mudou seu posicionamento, e passou a entender que o critério legal não seria o único meio possível para aferir a condição de miserabilidade, assim, diante do caso concreto, os julgadores não ficariam adstrito ao critério objetivo estabelecido pela norma.

2 Várias foram as reclamações interpostas perante o STF em decorrência dessa flexibilização em aferir a condição socioeconômica do requerente do BPC, no caso concreto, por outros meios probatórios que eram capazes de identificar a real situação de miserabilidade da família do idoso ou portador de deficiência que na qual pleiteava judicialmente a concessão do BPC. No julgamento dessas reclamações o STF passou a externalizar posicionamentos divergentes, ora favorável a flexibilização, ora desfavorável a flexibilização, ou seja, algumas vezes o STF entendia que o magistrado deveria seguir o

critério legal e em outras manifestações entendia ser possível a análise de outras provas que constataste a verdadeira situação de hipossuficiência, além do critério legal.

Por outro lado, tratando-se das análises dos julgados provenientes do Superior Tribunal de Justiça, pode-se concluir que:

1 O entendimento do STJ sempre foi por afastar o critério objetivo da lei, permitindo ao magistrado valorar a situação de necessidade por outros meios probatórios que eram capazes de demonstrar a real situação socioeconômica do idoso ou portador de deficiência que demandava a concessão do BPC em âmbito judicial.

2 A Terceira Seção que anteriormente tinha competência para julgar os processos relativos a matérias previdenciárias e, inclusive assistenciais, caracterizou seus julgamentos em prol dos beneficiários. A Primeira Seção que atualmente julga os feitos relativos a matérias previdenciárias, inclusive assistenciais, em pouco tempo mudou vários posicionamentos pacificados há anos no STJ, porém com relação ao critério renda per capita de um quarto do salário mínimo a Primeira Seção vem mantendo o posicionamento construído pela Terceira Seção, no sentido de ser favorável aos beneficiários do BPC, ou seja, em conformidade com os objetivos maiores traçados pelo assistencialismo, qual seja conceder o amparo social para aqueles que realmente encontram-se em estado de hipossuficiência mesmo que a renda per capita familiar ultrapasse ao teto exigido, garantindo, assim, o mínimo de dignidade humana para esses cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

BRASIL. Lei Nº. 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

BRASIL. Lei Nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

BRASIL. Lei Nº. 6.439, de setembro de 1977. **Institui o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social**. Brasília, 2014. <<http://www3.dataprev.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

BRASIL. Lei Nº. 8.742, de setembro de 1993. **Dispõe Sobre a Organização da Assistência Social**. Brasília, 2014. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de abr. 2014.

BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2014.

BRASIL. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes da Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2014.

BRASIL. Lei Nº. 12.715, de 17 de setembro de 2012. **Dispõe sobre o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 de mar. 2014.

BRASIL. Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 de mar. 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAL BIANCO, Dânae. **Princípios Constitucionais da Previdência Social**. São Paulo: Ltr, 2011.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREIRE, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

Instrução Normativa nº. 29 do INSS/PRES, de 4 de junho de 2008. Brasília: Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o Trabalho do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos à Seguridade Social**. São Paulo: Ltr, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Orientação Interna do INSS/DIRBEN nº. 61, de 2002. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O Benefício Assistencial a Idoso e Portadores de Deficiência**. São Paulo: Leud, 2011.

RAMMÊ, Adriana Santos. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada à Luz das Teorias Neoconstitucionais**. Curitiba: Juruá, 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social Como Direito Fundamental Material**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social: custeio e benefícios**. São Paulo: LTr, 2005.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.